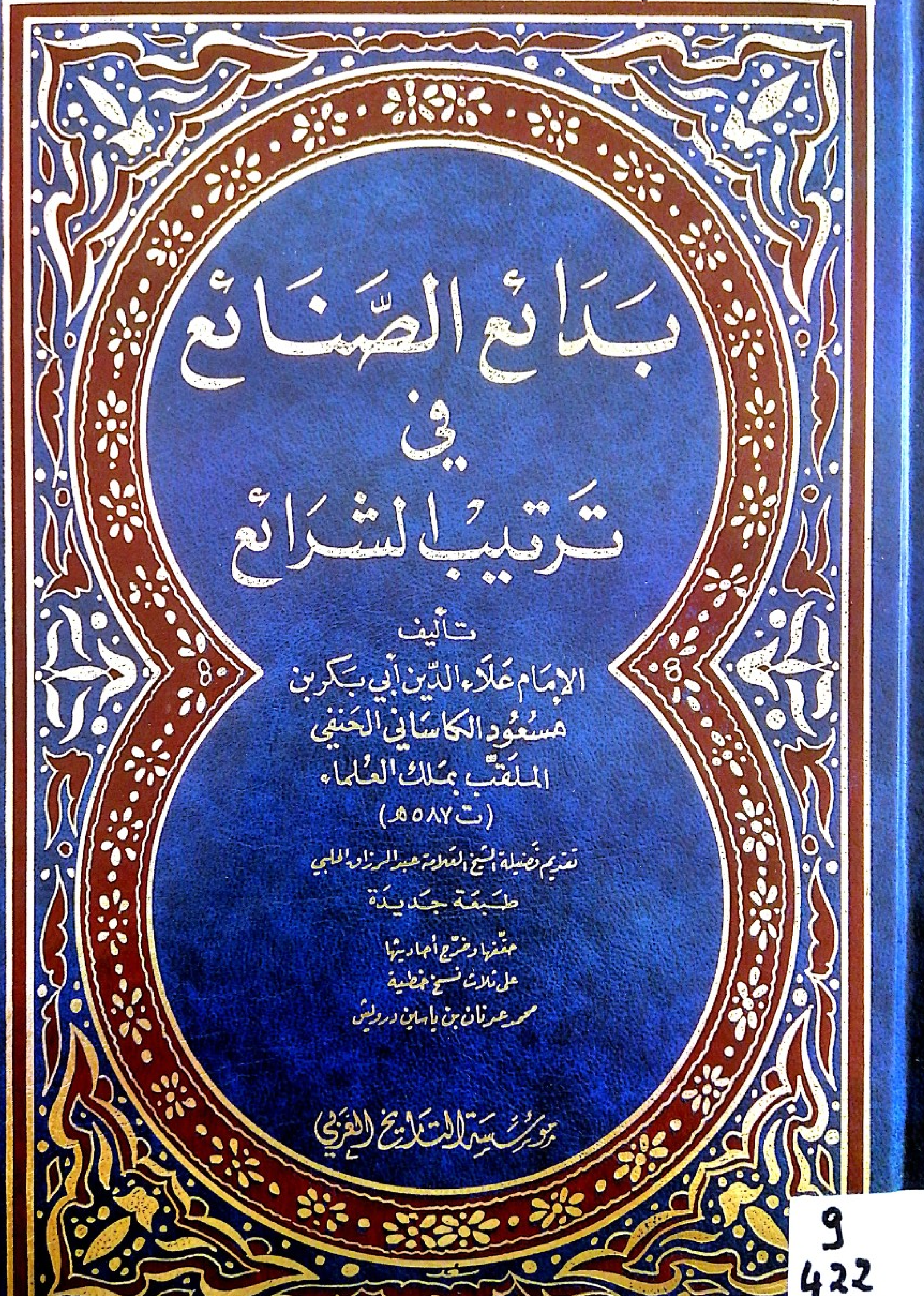
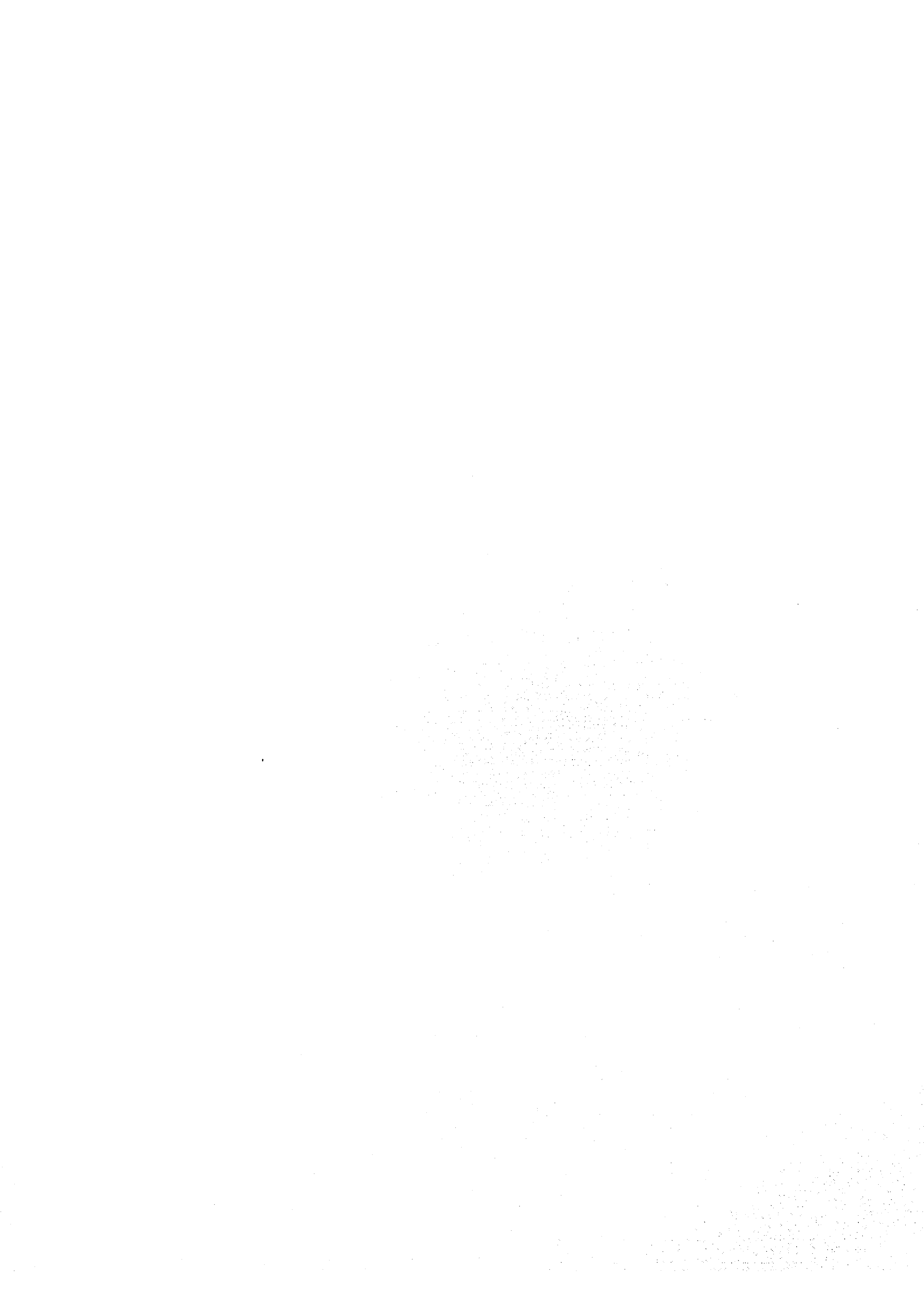

بدائع الصنائع
في
ترتيب الشرائع
تأليف
الإمام علاء الدين أبي بكر بن
مسعود الكاساني الحنفي
الملقب بملك العلماء
(ت ٥٨٧ هـ)
تقديم فضيلة الشيخ العلامة عبد الرزاق الحلبي
طبعة جديدة
حققها وخرج أحاديثها
على ثلاث نسخ خطية
محمد عدنان بن ياسين درويش
مؤسسة التاريخ العربي





بدائع الصنائع
في
ترتيب الشرائع



تأليف

الإمام علاء الدّين أبي بكر بن

سعود الكاساني الحنفي

الملقّب بملك العلماء

(ت ٥٨٧ هـ)

تقديم فضيلة الشيخ العلامة عبد الرزاق الحلبي

طبعة جديدة

حقّقها وخرّج أحاديثها

على ثلاث نسخ خطية

محمد عدنان بن ياسين درويش

الجزء الرابع

دار إحياء التراث العربي — مؤسسة التاريخ العربي

بيروت - لبنان

الطبعة الثالثة
١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م

دار إحياء التراث العربي
للطباعة والنشر والتوزيع

DAR EHIA AL-TOURATH AL-ARABI
Publishing & Distributing

بيروت - لبنان - شارع دكاش - هاتف: ٢٧٢٦٥٢ - ٢٧٢٦٥٥ - ٢٧٢٧٨٢ - ٢٧٢٧٨٣ فاكس: ٨٥٠٧١٧ - ٨٥٠٦٢٣ ص.ب: ١١/٧٩٥٧
Beyrouth - Liban - Rue Dakkache - Tel. 272652 - 272655 - 272782 - 272783 Fax: 850717 - 850623 P.O.Box; 7957/11

بِسْمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحْمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ

وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين

[تابع كتاب الولاء]

ومنها: ولاية الإنكاح لأنه آخر العصبات، ثم إذا ورث المعتق مال المعتق، فإن كان المعتق معلوماً يدفع إليه، وإن لم يعلم توقف الولاء كما إذا اشترى رجل عبداً ثم إن المشتري أقر أن البائع كان قد أعتقه قبل أن يبيعه فهو حر وولاؤه موقوف إذا جحد البائع ذلك، فإن صدقه بعد ذلك لزمه الولاء وعليه أن يرد الثمن على المشتري.

وكذا إن صدقه ورثته بعد موته، أما حرية العبد، فإن إعتاق البائع إن لم يثبت في حق البائع بإقرار المشتري لتكذيب البائع إياه فقد ثبت في حقه، لأنه في إقراره على نفسه مصدق إن لم يصدق على غيره فيثبت إعتاق البائع حقه فيثبت حرية العبد في حقه لكن ليس له أن يرجع بالثمن على البائع، لأن إقراره بالإعتاق لم ينفذ في حقه لتكذيبه إياه فلم يثبت عتق العبد في حقه.

وأما كون الولاء موقوفاً فلأنه لا يمكن إثباته للمشتري لأنه لم يوجد منه الإقرار بإعتاق العبد عن نفسه ولا يمكن إثباته للبائع، لأن إقرار المشتري لم ينفذ عليه فلم يكن العتق معلوماً فبقي ولاء العبد موقوفاً على تصديق البائع له وورثته، فإن صدقه البائع لزمه الولاء لوجود الإعتاق منه بإقراره ولزمه رد الثمن إلى المشتري لأنه تبين أنه باع حراً.

وكذا إذا مات البائع فصدقه ورثة المشتري، لأن ورثته قاموا مقام الميت فصار تصديقهم كتصديق الميت، هذا إذا أقر المشتري بإعتاق البائع فإنه أقر بتدبيره وأنكر البائع فمات البائع عتق العبد، لأن إقرار المشتري بالتدبير من البائع إقرار منه بإعتاقه العبد بعد موته، فإذا مات نفذ إقراره في حقه إن لم ينفذ في حق البائع لما قلنا فيحكم بحرية العبد على المشتري وولاؤه يكون موقوفاً لما قلنا إلا إذا صدقه ورثة البائع بعد موته فيلزم الولاء البائع استحساناً، والقياس أن لا تلزمه في هذا، وفي الوجه الأول أيضاً.

وجه القياس: أن ولاء الميت لم يثبت فالورثة بالتصديق يريدون إثبات ولاء لم يثبت فلا يملكون ذلك كما لا يملكون إثبات النسب.

وجه الاستحسان: أن تصديقهم إقرار منهم بما يملكون إنشاء سببه في الحال لأنهم يملكون إعتاق العبد للحال فكان إقراراً على أنفسهم بثبوت الولاء لهم في الحقيقة فيصح إقرارهم في حق أنفسهم بثبوت الولاء.

وكذلك أمة بين رجلين شهد كل واحد منهما أنها أم ولد من صاحبه وصاحبه ينكر، فإذا مات أحدهما عتقت الجارية وولاؤها موقوف: أما العتق فلأن كل واحد منهما أقر على صاحبه بعتقها عند موت صاحبه فيصح إقرار كل واحد منهما في حق نفسه ويكون ولاؤها موقوفاً، لأن كل واحد منهما نفى الولاء عن نفسه وألحقه بصاحبه فانتفى عن نفسه ولم يلحق بصاحبه فبقي موقوفاً.

وكذلك عبد بين رجلين قال كل واحد منهما لصاحبه إنك قد أعتقت هذا العبد وجحد الآخر فالعبد حر وولاؤه موقوف حتى لو مات وترك مالاً لم يرثه واحد منهما ويوقف في بيت المال إلى أن يصدق أحدهما صاحبه/ لما قلنا.

وعلى هذا مسائل، ثم كل ولاء موقوف فميراثه يوقف في بيت المال وجناية العبد على نفسه لا يعقل عنه بيت المال وإنما يوقف ميراثه ببيت المال، لأن ولاءه موقوف لا يعرف لمن هو فكان ميراثه موقوفاً أيضاً لأنه يثبت به فيوقف في بيت المال كاللقطة.

وأما جنايته: فإنما لا تتحمل عنه ببيت المال، لأن له عاقلة غير بيت المال وهو نفسه فلا يجوز حمل عقله على بيت المال ويصير هو عاقلة نفسه في هذه الحالة لجهالة مولاه، بخلاف الميراث فإنه لا يمكن إثباته لغير مستحقه ولا يستحق إلا أحدهما وهو غير معلوم فيوضع في بيت المال ضرورة، وهذا بخلاف اللقيط أنه يرثه بيت المال ويعقل عنه أيضاً لأن ههنا ولاؤه كان ثابتاً من إنسان إلا أنه لا يعرف وإنما يجعل العقل على بيت المال إذا لم يكن له ولاء ثابت إلا أن ميراثه يوضع في بيت المال لأنه مال ضائع ولا يثبت ولاء اللقيط من أحد فكان عقله على بيت المال كما أن ميراثه لبيت المال والله عز وجل أعلم.

وأما بيان ما يظهر به الولاء: فالولاء يظهر بالبينة مرة وبالإقرار أخرى، أما البينة فنحو أن يدعي رجل أنه وارثه بولاء العتاقة فيشهد له شاهدان أن هذا الحي أعتق هذا الحي أو أعتق هذا الميت وهو يملكه وهو وارثه ولا يعلمون له وارثاً غيره جازت الشهادة، لأنهم شهدوا شهادة مفسرة لا جهالة فيها فقبلت ولو شهدا أن الميت مولاه وأنه وارثه لا وارث له غيره لم تجز الشهادة حتى يفسر الولاء لأن الولاء يختلف قد يكون ولاء عتاقة وقد يكون ولاء موالاة وأحكامها تختلف فما لم يفسر كان مجهولاً فلا يقبل الشهادة عليه.

وكذلك لو شهدوا أن الميت مولاه مولى العتاقة أيضاً لم يجز، لأن مولى العتاقة نوعان: أعلى وأسفل واسم المولى يستعمل في كل واحد منهما على السواء فلا تقبل الشهادة إلا بالبيان والتفسير.

ولو ادعى رجلان ولاءه بالعتق وأقام كل واحد منهما بينة جعل ميراثه بينهما لأنهما استويا في سبب الاستحقاق وهو الدعوى والحجة فيستويان في الاستحقاق، ولو وقتا وقتاً فالسابق وقتاً أولى لأنه أثبت العتق في وقت لا ينازعه فيه صاحبه وكان الثاني مستحقاً عليه، ولو كان هذا في ولاء الموالاة كان صاحب الوقت الآخر أولى، لأن ولاء الموالاة يحتمل النقض والفسخ فكان عقد الثاني نقضاً للأول إلا أن يشهد شهود صاحب الوقت الأول أنه كان قد عقل عنه، لأنه حينئذٍ لا يحتمل النقض فأشبه ولاء العتاقة، وإن أقام رجل البينة أنه أعتقه وهو يملكه لا يعلمون له وارثاً سواه فقضى له القاضي بميراثه وولائه ثم أقام آخر البينة على مثل ذلك لم يقبل إلا أن يشهدوا أنه اشترى من الأول قبل أن يعتقه ثم أعتقه وهو يملكه فيبطل قضاء الأول،

لأن الأصل أن القاضي إذا قضى بقضية فإنه لا يسمع ما ينافيها إلا إذا تبين أن القضاء الأول كان باطلاً، وإذا لم يشهدوا أنه اشتراه من الأول قبل أن يعتقه ثم يتبين بطلان القضاء الأول فلا تقبل البينة من الثاني إلا إذا قامت على الشراء من الأول قبل أن يعتقه فيقبل ويقضي للثاني ويبطل قضاؤه للأول، لأنه تبين بهذه الشهادة أن الأول أعتق ما لا يملك فتبين أنه وقع باطلاً وصح الثاني.

وأما الإقرار: فنحو أن يقر رجل أنه مولى لفلان مولى عتاقة من فوق أو تحت وصدقه الآخر وهو مولاه يرثه ويعقل عنه قومه، لأن الولاء سبب يتوارث به فيصح الإقرار به كالنسب والنكاح، فإن كان له أولاد كبار فأنكروا ذلك وقالوا: أبونا مولى العتاقة لفلان آخر فالأب مصدق على نفسه وأولاده مصدقون على أنفسهم لأنه لا ولاية للأب على الأولاد الكبار فلا ينفذ إقراره عليهم ويصح إقرارهم على أنفسهم لأن لهم ولاية على أنفسهم وإن كان الأولاد صغاراً كان الأب مصدقاً لأنه له ولاية على أولاده الصغار.

ألا ترى أنه لو عقد مع إنسان عقد الولاء تبعه أولاده الصغار، وإن كذبته الأم ونفت ولاءه لم يلتفت إلى قولها ويؤخذ بقول الأب، لأن الأب إذا كان حياً كانت الولاية له والولاء يشبه النسب والنسب إلى الآباء.

وكذلك إن قالت هم ولدي من غيرك لم تصدق لأنهم في يد الأب دون الأم فلا تصدق الأم أنهم لغيره، فإن قالت ولدته بعد عتقي بخمسة أشهر فهو مولى الموالي، وقال الزوج ولدتيه بعد عتقك بستة أشهر فالقول قول الزوج، لأن الولد ظهر في حال يكون ولاؤه لمولى الأب والمرأة تدعي أنها ولدت في حال يكون ولاؤه لمولى/ الأم فكان الحال شاهداً للزوج فلا يقبل قولها إلا ببينة، ونظير هذا الزوج والمرأة إذا اختلفا.

فقال أحدهما: كان النكاح قبل ستة أشهر والولد من الزوج، وقال الآخر كان النكاح منذ أربعة أشهر فالقول قول الذي يدعي أن النكاح قبل ستة أشهر، لأن الولد ظهر في حال إثبات النسب من الزوج وهو حال قيام النكاح ويصح الإقرار بولاء العتاقة في الصحة والمرض، لأنه سبب التوارث فيستوي فيه الصحة والمرض كالنسب والنكاح، ولو قال:أعتقني فلان أو فلان وادعاه كل واحد منهما على صاحبه فهذا الإقرار باطل، لأنه إقرار بمجهول، فإن أقر بعد ذلك لأحدهما أو لغيره أنه مولاه جاز، لأن إقراره الأول وقع باطلاً لجهالة المقر له والولاء لا يثبت من المجهول كالنسب فبطل والتحق بالعدم فبعد ذلك له أن يقر لمن شاء والله عز وجل أعلم.

فصل: وأما ولاء الموالاة فالكلام فيه في مواضع: في بيان ثبوته شرعاً، وفي بيان سبب الثبوت، وفي بيان شرائط الثبوت، وفي بيان صفة السبب، وفي بيان حكمه، وفي بيان صفة الحكم، وفي بيان ما يظهر به.

أما الأول: فقد اختلف في ثبوت هذا الولاء.

قال أصحابنا: إنه ثابت ويقع به التوارث، وهو قول عمر وعلي وعبد الله بن مسعود رضي الله عنهم، وهو قول إبراهيم النخعي، وقال زيد بن ثابت رضي الله عنه: «إنه يورثُ بِهِ ويُوضَعُ في بيتِ المالِ»، وبه أخذ مالك والشافعي[1].

---

(١) انظر «الأم»: (٣/ ١٥٢).

وجه قولهما: أن في عقد الولاء إبطال حق جماعة المسلمين، لأنه إذا لم يكن للعاقد وارث كان ورثته جماعة المسلمين، ألا ترى أنهم يعقلون عنه فقاموا مقام الورثة المعينين وكما لا يقدر على إبطال حقهم لا يقدر على إبطال حق من قام مقامهم، ولهذا قالا إذا أوصى بجميع ماله لإنسان ولا وارث له لم يصح؛ لأنه إذا لم يكن له وارث معين كان وارثه جماعة المسلمين فلا يملك إبطال حقهم كذا هذا، والصحيح قولنا بالكتاب والسنة والمعقول.

أما الكتاب الكريم: فقوله عز وجل: ﴿والّذينَ عَقَدتْ أيمانُكُمْ فآتوهم نَصيبَهُمْ﴾(١) والمراد من النصيب الميراث، لأنه سبحانه وتعالى أضاف النصيب إليهم فيدل على قيام حق لهم مقدر في التركة وهو الميراث، لأن هذا معطوف على قوله: ﴿وَلكُلٍ جَعْلنَا مَوالي مِمَّا تَركَ الوالدانِ وَالأَقربُونَ﴾(٢) لكن عند عدم ذوي الأرحام عرفناه بقوله عز وجل: ﴿وأُولُو الأَرْحَامِ بعضُهُمْ أَولى ببعضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ﴾(٣).

وأما السنة: فما روي عن تميمٍ الداريِّ رضي اللَّهُ عنه أنه قال سألتُ رسولَ اللَّهِ ﷺ عمَّن أسلَم على يدي رجلٍ ووَالاهُ، فقال ﷺ: «هُوَ أَحقُّ الناسِ بِهِ محياه ومماته»(٤) أي حال حياته وحال موته أراد به ﷺ محياه في العَقل ومماته في الميراث.

وأما المعقول: فهو أن بيت المال إنما يرث بولاء الإيمان فقط، لأنه بيت مال المؤمنين، قال الله عز وجل: ﴿والمُؤْمِنُونَ والمؤمناتُ بَعْضُهُمْ أَولياء بعضٍ﴾(٥) وللمولى هذا الولاء وولاء المعاقدة فكان أولى من عامة المؤمنين.

ألا ترى أن مولى العتاقة أولى من بيت المال للتساوي في ولاء الإيمان والترجيح لولاء العتق كذا هذا؛ إلا أن مولى الموالاة يتأخر عن سائر الأقارب ومولى العتاقة يتقدم على ذوي الأرحام، لأن الولاء بالرحم فوق الولاء بالعقد فيخلف عن ذوي الأرحام وولاء العتاقة بما تقدم من النعمة بالإعتاق الذي هو إحياء وإيلاد معنى الحق بالتعصيب من حيث المعنى، ولذلك قال ﷺ: «الوَلاَءُ لُحمةٌ كلُحمةِ النَّسَب»(٦).

وأما قولهما: إن جماعة المسلمين ورثته فلا يقدر على إبطال حقهم بالعقد فنقول إنما يصيرون ورثته إذا مات قبل المعاقدة، فأما بعد المعاقدة فلا، والدليل على بطلان هذا الكلام أنه تصح وصيته بالثلث ولو كان كذلك لما صحت لكونها وصية للوارث.

وأما سبب ثبوته: فالعقد وهو الإيجاب والقبول وهو أن يقول الذي أسلم على يد إنسان له أو لغيره أنت

---

(١) سورة النساء، الآية: (٣٣).
(٢) سورة النساء، الآية: (٣٣).
(٣) سورة الأنفال، الآية: (٧٥).
(٤) أخرجه أحمد في المسند رقم (٤/١٠٢ ـ ١٠٣) والدارمي في «السنن» رقم (٣٠٣٧)، وابن ماجه في «السنن» رقم (٢٧٥٢) الترمذي في «الجامع» رقم (٢١١٢).
(٥) سورة التوبة، الآية: (٧١).
(٦) تقدم تخريجه.

مولاي ترثني إذا مت وتعقل عني إذا جنيت فيقول قبلت سواء قال ذلك للذي أسلم على يديه أو لآخر بعد أن ذكر الإرث والعقل في العقد.

ولو أسلم على يد رجل ولم يواله ووالى غيره فهو مولى للذي والاه عند عامة العلماء، وعند عطاء هو مولى للذي أسلم على يده، والصحيح قول العامة لقوله عز وجل: ﴿**والذين عَقَدَتْ أيمانُكُمْ فَآتُوهُمْ نَصيبَهُمْ**﴾[1] جعل الولاء للعاقد، وكذا لم ينقل أن الصحابة أثبتوا الولاء بنفس الإسلام، «**وكُل الناس/ كانوا يسلمون على عهد رسول الله ﷺ والصحابة والتابعين**» وكان لا يقول أحد لمن أسلم على يد أحد إنه ليس له أن يوالي غير الذي أسلم على يده فثبت أن نفس الإسلام على يد رجل ليس سبباً لثبوت الولاء له بل السبب هو العقد فما لم يوجد لا يثبت الإرث والعقل.

وأما شرائط العقد:

فمنها: عقل العاقد إذ لا صحة للإيجاب والقبول بدون العقل، وأما البلوغ فهو شرط الانعقاد في جانب الإيجاب فلا ينعقد الإيجاب من الصبي، وإن كان عاقلاً حتى لو أسلم الصبي العاقل على يد رجل والاه لم يجز وإن أذن أبوه الكافر بذلك، لأن هذا عقد وعقود الصبي العاقل إنما تقف على إذن وليه ولا ولاية للأب الكافر على ولده المسلم فكان إذنه والعدم بمنزلة واحدة ولهذا لا تجوز سائر عقوده بإذنه كالبيع ونحوه كذا عقود الموالاة.

وأما من جانب القبول فهو شرط النفاذ حتى لو والى بالغ صبياً فقبل الصبي ينعقد موقوفاً على إجازة أبيه أو وصيه، فإن أجاز جاز لأن هذا نوع عقد فكان قبول الصبي فيه بمنزلة قبوله في سائر العقود فيجوز بإذن وليه ووصيه كسائر العقود وللأب والوصي أن يقبلا عنه كما في البيع ونحوه.

وكذلك لو والى رجل عبداً فقبل العبد وقف على إجازة المولى، فإذا أجاز جاز إلا أن في العبد إذا أجاز المولى فالولاء من المولى وفي الصبي إذا أجاز الأب والوصي فيكون الولاء من الصبي وإنما كان كذلك، لأن العبد لا يملك شيئاً فوقع قبوله لمولاه.

ألا ترى أنه لو اشترى شيئاً كان المشترىٰ لمولاه، فأما الصبي فهو من أهل الملك، ألا ترى أنه لو اشترى شيئاً كان المشترىٰ له، ولو والى رجل مكاتباً جاز وكان مولى لمولى المكاتب، لأن قبول المكاتب صحيح، ألا ترى أنه يملك الشراء فجاز قبوله إلا أن الولاء يكون للمولى، لأن المكاتب ليس من أهل الولاء.

ألا ترى أنه لو كاتب عبداً فأدى وعتق كان الولاء للمولى، بخلاف الصبي فإنه من أهل الولاء، ألا يرى أن الأب لو كاتب عبد ابنه الصغير فأدى فعتق ثبت الولاء من الابن.

وأما الإسلام فليس بشرط لصحة هذا العقد فيصح فتجوز موالاة الذمي الذمي، والذمي المسلم، والمسلم الذمي، لأن الموالاة بمنزلة الوصية بالمال، ولو أوصى ذمي لذمي أو لمسلم أو مسلم لذمي بالمال جازت الوصية كذا الموالاة وكذا الذمي إذا والى ذمياً ثم أسلم الأسفل جاز لما قلنا.

---

[1] سورة النساء، الآية: (٣٣).

وكذا الذكورة ليست بشرط فتجوز موالاة الرجل امرأة والمرأة رجلاً، وكذا دار الإسلام حتى لو أسلم حربي فوالى مسلماً في دار الإسلام أو في دار الحرب فهو مولاه، لأن الموالاة عقد من العقود فلا يختلف بالذكورة والأنوثة وبدار الإسلام وبدار الحرب والله عز وجل أعلم.

ومنها: أن لا يكون للعاقد وارث وهو أن لا يكون له من أقاربه من يرثه، فإن كان لم يصح العقد، لأن القرابة أقوى من العقد، ولقوله عز وجل: ﴿وأولوا الأرحامِ بَعْضُهُمْ أولى ببعضٍ في كِتَابِ اللَّهِ﴾[1] وإن كان له زوج أو زوجة يصح العقد وتعطىٰ نصيبها والباقي للمولى.

ومنها: أن لا يكون من العرب حتى لو والى عربي رجلاً من غير قبيلته لم يكن مولاه ولكن ينسب إلى عشيرته وهم يعقلون عنه، لأن جواز الموالاة للتناصر والعرب يتناصرون بالقبائل وإنما تجوز موالاة العجم لأنهم ليس لهم قبيلة فيتناصرون بها فتجوز موالاتهم لأجل التناصر.

وأما الذي هو من العرب فله قبيلة ينصرونه والنصرة بالقبيلة أقوى فلا يصير مولى، ولهذا لم يثبت عليه ولاء العتاقة، وكذا ولاء الموالاة، ولأنه لما لم يثبت عليه ولاء العتاقة مع أنه أقوى فولاء الموالاة أولى، وكذا لو والت امرأة من العرب رجلاً من غير قبيلتها لما بينا.

ومنها: أن لا يكون من موالي العرب، لأن مولاهم منهم لقوله ﷺ: «وإنَّ مَوْلى القَوْمِ مِنهمْ»[2] ومنها أن لا يكون معتق أحد، فإن كان لا يصح منه عقد الموالاة، لأن ولاء العتاقة أقوى من ولاء الموالاة، لأنه لا يلحقه الفسخ وولاء الموالاة يلحقه الفسخ فلا يجوز رفع الأقوى بالأضعف ومنها أن لا يكون قد عقل عنه بيت المال لأنه لما عقل عنه بيت المال فقد صار ولاؤه لجماعة المسلمين فلا يجوز تحويله إلى واحد منهم بعينه فإن كان قد عقل عنه لم يجز أبداً لأنه سواء كان عاقد غيره فعقل عنه أو عقل عنه بيت المال حتى لو مات فإن ميراثه لمن عاقده أولاً فعقل عنه أو لبيت المال لأنه لما عاقد غيره فعقل عنه فقد تأكد عقده ولزم وخرج عن احتمال النقض والفسخ لما يذكر فلا تصح/ معاقدته غيره.

وكذا إذا عقل عن الذي يواليه، وإن كان عاقد غيره ولم يعقل عنه جاز عقده مع آخر لأن مجرد العقد بدون العقل غير لازم فكان إقدامه على الثاني فسخاً للأول.

وأما صفة العقد: فهو أنه عقد جائز غير لازم حتى لو والى رجلاً كان له أن يتحول عنه بولائه إلى غيره، لأنه عقد لا يملك به شيء فلم يكن لازماً كالوكالة والشركة لأنه بمنزلة الوصية بالمال والوصية غير لازمة فكذا عقد الموالاة إلا إذا عقل عنه لأنه إذا عقل عنه فقد تأكد العقل بقضاء القاضي وفي التحول به إلى غيره

---

(١) سورة الأنفال، الآية: (٧٥).

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة (٣/ ٢١٤) وأحمد في «المسند» (٦/ ١٠).
والترمذي في «جامعه» في الزكاة، باب ما جاء في كراهية الصدقة للنبي ﷺ وأهل بيته ومواليه برقم (٦٥٧).
والنسائي في «المجتبى» (٥/ ١٠٧) في الزكاة، باب مولى القوم منهم.
والبيهقي في «السنن الكبرى» (٧/ ٣٢) وغيرهم عن أبي رافع رضي الله عنه مرفوعاً: «إنا لا يحلُّ لنا الصدقة ومولى القوم من أنفسهم».

فسخ قضائه فلا يملك فسخ القضاء، وكذا له أن يفسخه صريحاً قبل أن يعقل عنه، لأن كل عقد غير لازم لكل واحد من العاقدين فسخه كسائر العقود التي هي غير لازمة، ولأن كل عقد يجوز لأحد العاقدين فسخه يجوز للآخر كسائر العقود القابلة للفسخ، وههنا يجوز لأحد العاقدين فسخه وهو القابل فكذا الآخر إلا أنه ليس له أن يفسخه إلا بحضرة الآخر أي بعلمه، لأنه تعلق به حق الآخر فلا يملك إسقاطه مقصوراً من غير علمه كعزل الوكيل مقصوراً من غير علمه إلا أن يوالي الأسفل آخر فيكون ذلك نقضاً دلالة، وإن لم يحضر صاحبه أو انتقاضاً ضرورة، لأنه لا يملك موالاة غيره إلا بانفساخ الأول فينفسخ الأول دلالة وضرورة وقد يثبت الشيء دلالة أو ضرورة، وإن كان لا يثبت قصداً كمن وكل رجلاً ببيع عبده ثم عزله والوكيل غائب لم يعلم به لم يصح عزله، ولو باع العبد أو أعتقه انعزل الوكيل علم أو لم يعلم كذا هذا، والله الموفق.

وأما حكم العقد: فالعقل في حال الحياة والإرث بعد الموت وهو أن المولى الأعلى يعقل عنه في حال حياته ويرثه بعد موته فيرث الأعلى من الأسفل عندنا لما ذكرنا من الدلائل فيما تقدم ويرث الأسفل من الأعلى أيضاً إذا شرطا ذلك في المعاقدة بخلاف ولاء العتاقة أن هناك يرث الأعلى من الأسفل ولا يرث الأسفل من الأعلى، لأن سبب الإرث هناك وجد من الأعلى لا من الأسفل وهو العتق والسبب ههنا العقد وقد شرط فيه التوارث من الجانبين فيعتبر ذلك لقوله ﷺ: «الْمُسْلِمُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ»[1]، وكما يثبت حكم الولاء في الرجال يثبت في أولادهم الصغار تبعاً لهم حتى لو والى إنساناً وله أولاد صغار صاروا موالي للذي والاه الأب.

وكذا إذا والى إنساناً ثم ولد له أولاد دخلوا في ولاء الأب بطريق التبعية ولأن للأب ولاية على ولده الصغير فينفذ عقده عليه ولا يصير أولاده الكبار موالي بموالاة الأب لانقطاع التبعية والولاية بالبلوغ حتى لو والى الأب إنساناً وله ابن كبير فوالى رجلاً آخر فولاؤه له لا لمولى أبيه؛ ولو كبر بعض أولاده الصغار فأراد التحول عنه إلى غيره، فإن كان المولى قد عقل عنه أو عن أبيه أو عن أحد أخوته لم يكن له أن يتحول، وإن لم يكن عقل عن أحد منهم كان له ذلك.

أما جواز التحول عند عدم العقل فلأنه لو كان كبيراً وقت عقد الأب لجاز له التحول، وكذا إذا كبر في العقد، لأن المانع من السراية في الحالين واحد وهو عدم التبعية والولاية.

وأما عدم الجواز عند العقل فلما ذكرنا من اتصال قضاء القاضي به وفي التحول فسخه وهذا لا يجوز فيلزم ضرورة، ولو عاقدت امرأة عقد الولاء ولها أولاد صغار لا يصيرون موالي للذي والته أمهم ولا تشبه الأم في هذا الباب الأب لأنه ليس للمرأة ولاية على أولادها الصغار.

ألا ترى أنها لا تشتري لهم ولا تبيع عليهم، وللأب أن يفعل ذلك وذكر القاضي في شرحه «**مختصر الطحاوي**»، الخلاف في المسألة فقال: يثبت حكم ولائها في أولادها الصغار في قول أبي حنيفة، وعندهما لا يثبت، ولو والى رجل رجلاً ثم ولد له من امرأة قد والت رجلاً فولاء الولد لمولى الأب لأنه اجتمع ولاآن ولاء الأب وولاء الأم فترجح جانب الأب، لأن للأب ولاية عليهم ولا ولاية للأم.

---

(١) تقدم تخريجه.

ألا ترى أن للأب أن يعقد على ولده عقد البيع والنكاح وليس للأم ذلك فكذا عقد الولاء، وكذا لو والت وهي حبلى ولا يشبه هذا ولاء العتاقة لأن في ولاء العتاقة إذا أعتقها وهي حبلى يثبت الولاء بالعتق والعتق يثبت في الولد كما يثبت في الأم فكان للولد ولاء نفسه لكونه أصلاً في العتق فأما ولاء الموالاة فبالعقد وعقدها لا يجوز على ما في بطنها/ فلم يصر الولد أصلاً في الولاء فكان تبعاً للأب في الولاء كما في المسألة الأولى.

وكذلك لو كان لهما أولاد صغار فوالت الأم إنساناً ثم والى الأب آخر فولاء الأولاد لموالي الأب لما قلنا. ذمية أسلمت فوالت رجلاً ولها ولد صغير من ذمي لم يكن ولاء ولدها لمولاها في قول أبي يوسف ومحمد، وفي قياس قول أبي حنيفة يكون ولاء ولدها لمولاها بمنزلة العتاقة.

وجه قولهما: أن الأم لا ولاية لها على الولد بدليل أنه لا يجوز لها أن تعقد على ولدها عقد البيع والنكاح فكذلك عقد الولاء.

ولأبي حنيفة: أن الذمي لا ولاية له على ولده المسلم فتعذر إثبات الولاء من الأب والولاء إذا تعذر إثباته من جهة الأب يثبت من جهة الأم كما إذا كان الأب عبداً وكما في ولاء العتاقة إذا كان الأب عبداً.

ولو قدم حربي إلينا بأمان فأسلم ووالى رجلاً، ثم سبي ابنه فأعتق لم يجز ولاء الأب، وإن سبي أبوه فأعتق جر ولاء ابنه إلى مولاه، لأن الابن يتبع الأب في الولاء لما ذكرنا، فأما الأب فلا يتبع الابن لأنه ينسب إليه وإنما ينسب الابن إلى أبيه، فإن كان ابن الابن أسلم ووالى رجلاً لم يجر الجد ولاءه.

وذكر في «الأصل» وقال: لأن الجد لا يجر الولاء إلا أن يجر ولاء ابنه فيجر بجره ولاء ابنه ولاءه.

وقال الحاكم الشهيد: وجه هذه المسألة أن يكون الأسفل موالياً والأوسط حربياً والجد معتقاً فلا يجر ولاء الأسفل إلا أن يسلم الأوسط ويوالي فيجر الجد ولاءه وولاء الأسفل بجر ولائه.

ولو أسلم حربي أو ذمي على يدي رجل ووالاه ثم أسلم ابنه الكبير على يدي رجل آخر ووالاه كان كل واحد منهما مولى للذي والاه ولا يجر بعضهم إلى بعض وليس هذا كالعتاق أنه إذا أعتق أبوه جر ولاء الولد إلى نفسه، لأن ههنا ولاء كل واحد منهما ثبت بالعقد وعقد كل واحد منهما يجوز على نفسه ولا يجوز على غيره وهناك ولاء الولد ثبت بالعقد وولاء الأب ثبت بالعتق وولاء العتق أقوى من ولاء الموالاة فيستتبع الأقوى الأضعف، وههنا بخلافه لأن ولاء كل واحد منهما ليس أقوى من ولاء صاحبه لثبوت كل واحد منهما بالعقد فهو الفرق.

فصل: وأما صفة الحكم فهو أن الولاء الثابت بهذا العقد لا يحتمل التمليك بالبيع والهبة والصدقة والوصية، لأنه ليس بمال فلا يكون محلاً للبيع كالنسب وولاء العتاقة، ولقوله ﷺ: «الوَلاءُ لا يُبَاع ولا يُوهَب»[1] حتى لو باع رجل ولاء موالاة أو عتاقة بعبد وقبضه ثم أعتقه كان إعتاقه باطلاً لأنه قبضه بغير بدل إذ الولاء ليس بمال فلم يملكه فلم يصح إعتاقه كما لو اشترى عبداً بميتة أو دم أو بحر وقبضه ثم أعتقه.

(١) تقدم تخريجه.

ولو باع المولى الأسفل ولاءه من آخر أو وهبه لا يكون بيعاً أيضاً ولا هبة لما قلنا لكنه يكون نقضاً لولاء الأول وموالاة لهذا الثاني، لأن الولاء لا يعتاض منه فبطل العوض وبقي قوله: الولاء لك فيكون موالاة بينه وبين الثاني كما لو سلم الشفعة بمال صح التسليم لكن لا يجب المال.

فصل: وأما بيان ما يظهر به فإنه يظهر بما ظهر به ولاء العتاقة وهو الشهادة المفسرة أو الإقرار سواء كان الإقرار في الصحة أو المرض، لأنه غير متهم في إقراره إذا لم يكن له وارث معلوم فيصح إقراره كما تصح وصيته بجميع ماله إذا لم يكن له وارث معلوم.

ولو مات رجل فأخذ رجل ماله وادعى أنه وارثه وليس للقاضي أن يمنع منه إذا لم يخاصمه أحد، لأن القاضي لا يدري ألبيت المال أو لغيره وهو يدعي أنه له ولا مانع عنه فلا يتعرض له، فإن خاصمه أحد سأله القاضي البينة لأنه لا يد له وكان مدعياً فعليه البينة.

كتاب الإجارة

الكلام في هذا الكتاب يقع في سبع مواضع: في بيان جواز الإجارة، وفي بيان ركن الإجارة ومعناها، وفي بيان شرائط الركن، وفي بيان صفة الإجارة، وفي بيان حكم الإجارة، وفي بيان حكم اختلاف العاقدين في عقد الإجارة، وفي بيان ما ينتهي به عقد الإجارة.

أما الأول: فالإجارة جائزة عند عامة العلماء.

وقال أبو بكر الأصم: إنها لا تجوز، والقياس ما قاله، لأن الإجارة بيعُ المنفعة والمنافع للحال معدومة والمعدوم لا يحتمل البيع فلا يجوز إضافة البيع إلى ما يؤخذ في المستقبل كإضافة البيع إلى أعيان تؤخذ في المستقبل، فإذاً لا سبيل إلى تجويزها لا باعتبار الحال ولا باعتبار المآل فلا جواز لها رأساً لكنا استحسنا الجواز بالكتاب العزيز والسنة والإجماع.

أما الكتاب العزيز فقوله عز وجل خبراً عن أب المرأتين اللتين سقىٰ لهما موسى عليه الصلاة والسلام: **﴿قَالَ إني أُريدُ أنْ أُنكِحَكَ إحدى ابنتَيّ هاتَيْنِ على أَنْ تأجُرَني ثمانيَ حِجَجٍ﴾**[1] أي على أن تكون أجيراً لي أو على أن تجعل عوضي من إنكاحي ابنتي إياك رعيَ غنمي ثماني حِجَج يقال: آجره الله تعالى، أي عوّضه وأثابه، وقوله عز وجل خبراً عن تينك المرأتين: **﴿قالتْ إحداهما يا أَبَتِ استأجِرْهُ إنَّ خَيْرَ مَنِ استأجرتَ القويُّ الأمين﴾**[2] وما قص الله علينا من شرائع من قبلنا من غير نسخ يصير شريعة لنا مبتدأة ويلزمنا على أنه شريعتنا لا على أنه شريعة من قبلنا لما عرف في أصول الفقه، وقوله عز وجل: **﴿فَإذَا قُضِيَتِ الصلاةُ فانْتَشِروا في الأَرْضِ وابْتَغُوا مِنْ فَضْلِ اللَّهِ﴾** والإجارة ابتغاء الفضل، وقوله عز وجل: **﴿لَيْسَ عَلَيْكُم جُنَاحٌ أَنْ تبتغوا فَضْلاً مِن ربِّكُمْ﴾**[3].

وقد قيل: نزلت الآية في حج المكاري فإنه روي: «أنَّ رجلاً جاء إلى ابن عمر رضي الله عنهما، فقال: إنا قوم نكري ونزعم أن ليسَ لنا حجٌّ. فقال: ألستم تحرمونَ وتقفون وترمونَ، فقال: نعم، فقال رضي الله عنه: أنتم حجاج، ثم قال: سأل رجل رسول الله ﷺ عما سألتني فلم يجبه حتى أنزل الله عز وجل: **﴿لَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَبْتَغُوا فَضْلاً مِنْ ربِّكُمْ﴾**[4] فقال رسول الله ﷺ: **«أنتم حُجَّاجٌ»**[5].

---

(١) سورة القصص، الآية: (٢٧).

(٢) سورة القصص، الآية: (٢٦).

(٣) سورة البقرة، الآية: (١٩٨).

(٤) سورة البقرة، الآية: (١٩٨).

(٥) أخرجه عبد الرزاق في «مصنفه» وسعيد بن منصور وابن أبي شيبة وأحمد وعبد بن حميد وأبو داود وابن جرير وابن أبي حاتم وابن المنذر والحاكم والبيهقي عن أبي ماجة التميمي انظر «الدر المنثور» (١/ ٢٢٢).

وقوله عز وجل في استئجار الظئر: ﴿وإنْ أردتُمْ أنْ تسترضِعُوا أَوْلاَدَكُمْ فلاَ جُنَاحَ عَلَيْكُمْ﴾[١] نفى سبحانه وتعالى الجناح عمن يسترضع ولده، والمراد منه الاسترضاع بالأجرة. دليله قوله تعالى: ﴿إذا سَلَّمتُم مَا آتَيْتُمْ بالمَعْرُوفِ﴾[٢] قيل: أي الأجر الذي قبلتم، وقوله: ﴿فإنْ أرضَعْنَ لَكُمْ فآتُوهُنَّ أجورهُنَّ﴾[٣] وهذا نص وهو في المطلقات.

وأما السنة فما روى محمد في «الأصل» عن أبي سعيد الخدري وأبي هريرة رضي الله عنهما عن رسول الله ﷺ أنه قال: «لا يستامُ الرجلُ على سَوْمِ أَخيْهِ ولا يَنْكِح على خِطْبَتِهِ ولا تَنَاجَشُوا ولا تَبِيْعُوا بإلقاء الحجر ومن استأجرَ أجيراً فليعلمه أجْرَه»[٤]، وهذا منه ﷺ تعليم شرط جواز الإجارة وهو إعلام الأجر فيدل على الجواز.

وروي عن النبي ﷺ أنه قال: «أعْطُوا الأَجِيْرَ أَجْرَهُ قَبْلَ أَنْ يَجِفَّ عَرَقُهُ»[٥]، أمر ﷺ بالمبادرة إلى إعطاء أجر الأجير قبل فراغه من العمل من غير فصل فيدل على جواز الإجارة.

وعن رسول الله ﷺ أنه قال: «ثلاثةٌ أَنَا خَصْمُهُمْ يَوْمَ القِيَامَةِ وَمَنْ كُنْتُ خَصْمَهُ خَصَمْتُه، رجلٌ أَعْطَىٰ بي ثمَّ غَدَر، ورَجُلٌ بَاعَ حُرًّا فأكلَ ثمَنَهُ ورجلٌ استأجَرَ أجيراً فاستَوْفى منهُ ولَمْ يُعطِه أجرَه»[٦].

وعن عائشة رضي الله عنها أنها قالت: «استأجَرَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ وأبو بكر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ رجلاً مِنْ بني الدِّئْل هَادِياً خِرِّيتاً وهو على دين كفَّارِ قُرَيشٍ فدفعا إليه راحلتيهما ووَاعَدَاهُ غارَ ثَوْرٍ بَعْدَ ثلاثٍ فأتاهما فارتحلا وانطلق معهما عامرُ بنُ فُهَيْرَةَ والدَّليلُ الدئليّ فأخَذَ بهم طريقَ السَّاحل»[٧] وأدنى ما يستدل بفعل النبي ﷺ الجواز.

وروي: «أن رسول الله ﷺ مرَّ على رَافِع بنِ خَديجٍ وهُوَ في حائطه فأعجبَه فقال لِمَنْ هَذا الحائطُ؟ فقال لي يا رسولَ الله استأجرتُه، فقال رَسُولُ اللَّهِ ﷺ لا تستأجِرْهُ بشيءٍ مِنْهُ»[٨].

---

(١) سورة البقرة، الآية: (٢٣٣).

(٢) سورة البقرة، الآية: (٢٣٣).

(٣) سورة الطلاق، الآية: (٦).

(٤) أخرجه مسلم في «صحيحه» كتاب البيوع باب تحريم بيع الرجل على بيع أخيه (١٥١٥) والبخاري في «صحيحه» كتاب البيوع باب لا يبيع على بيع أخيه رقم (٢١٣٩) ومسلم في «صحيحه» كتاب النكاح باب لا يخطب على خطبة أخيه (١٤١٢، ١١٥٤) دون «ومن استأجر» وهي في «مصنَّف عبد الرزاق» في البيوع (٨/ ٢٣٥).

(٥) أخرجه البيهقي في «السنن الكبرى» رقم (٦/ ١٢٠).
وابن ماجه في «السنن» كتاب الرهون باب أجر الأجير رقم (٢٤٤٣). والقضاعي في «مسند الشهاب» رقم (٧٤٤) بإسناد فيه عبد الرحمن بن زيد بن أسلم، وعبد الله بن إبراهيم.
قال في «الزوائد»: أصله في «صحيح البخاري» وغيره من حديث أبي هريرة، لكن إسناد المصنف (يعني ابن ماجه) ضعيف جداً. وهب بن سعيد وعبد الرحمن بن زيد ضعيفان.

(٦) تقدم تخريجه.

(٧) أخرجه أحمد في «المسند» رقم (٦/ ١٩٨) والبخاري في «صحيحه» كتاب اللباس باب التقنع برقم (٥٨٠٧).
وأبو داود في «السنن» كتاب اللباس باب في التقنع (٤٠٨٣).

(٨) أخرجه أبو داود في «السنن» كتاب البيوع والإجارات باب في التشديد في ذلك (يعني المزارعة) برقم (٣٤٠٢) بلفظ «فسأله: =

خص ﷺ النهي باستئجاره ببعض الخارج منه، ولو لم تكن الإجارة جائزة أصلاً لعم النهي، إذ النهي عن المنكر واجب، وكذا: «بعثَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ والناسُ يؤاجرونَ ويستأجِرونَ فَلَمْ يُنْكِرْ عليهِمْ» فكان ذلك تقريراً منه والتقرير أحد وجوه السنة.

وأما الإجماع: فإن الأمة أجمعت على ذلك قبل وجود الأصم حيث يعقدون عقد الإجارة من زمن الصحابة رضي الله عنهم إلى يومنا هذا من غير نكير فلا يعبأ بخلافه، إذ هو خلاف الإجماع.

وبه تبين أن القياس متروك لأن الله تعالى إنما شرع العقود لحوائج العباد وحاجتهم إلى الإجارة ماسة، لأن كل واحد لا يكون له دار مملوكة يسكنها أو أرض مملوكة يزرعها، أو دابة مملوكة يركبها وقد لا يمكنه تملكها بالشراء لعدم الثمن ولا بالهبة والإعارة، لأن نفس كل واحد لا تسمح بذلك فيحتاج إلى الإجارة فجوزت بخلاف القياس لحاجة الناس كالسلم ونحوه.

تحقيقه: إن الشرع شرع لكل حاجة عقداً يختص بها فشرع لتمليك العين بعوض عقداً وهو البيع، وشرع لتمليكها بغير عوض عقداً وهو الهبة، وشرع لتمليك المنفعة بغير عوض عقداً وهو الإعارة، فلو لم يشرع الإجارة مع امتساس الحاجة إليها لم يجد العبد لدفع هذه الحاجة سبيلاً. وهذا خلاف موضوع الشرع.

فصل: وأما ركن الإجارة ومعناها، أما ركنها فالإيجاب والقبول وذلك بلفظ دال عليها وهو لفظ الإجارة والاستئجار والاكتراء والإكراء، فإذا وجد ذلك فقد تم الركن والكلام في صيغة الإيجاب والقبول وصفتهما في الإجارة، كالكلام فيهما في البيع، وقد ذكرنا ذلك في كتاب البيوع.

وأما معنى الإجارة فالإجارة بيع المنفعة لغة، ولهذا سماها أهل المدينة بيعاً وأرادوا به بيع المنفعة، ولهذا سمي البدل في هذا العقد أجرة، وسمى الله بدل الرضاع أجراً بقوله: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾[1] والأجرة بدل المنفعة لغة، ولهذا سمي المهر في باب النكاح أجراً بقوله عز وجل: ﴿فَانكِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ وَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾[2] اي مهورهن، لأن المهر بدل منفعة البضع، وسواء أضيف إلى الدور، والمنازل، والبيوت، والحوانيت، والحمامات، والفساطيط، وعبيد الخدمة، والدواب، والثياب، والحلي، والأواني والظروف ونحو ذلك أو إلى الصناع من القصار والخياط والصباغ والصائغ والنجار والبناء ونحوهم، والأجير قد يكون خاصاً، وهو الذي يعمل لواحد، وهو المسمى بأجير الوحد، وقد يكون مشتركاً، وهو الذي يعمل لعامة الناس وهو المسمى بالأجير المشترك.

وذكر بعض المشايخ: أن الإجارة نوعان: إجارة على المنافع وإجارة على الأعمال، وفسر النوعين بما ذكرنا وجعل المعقود عليه في أحد النوعين المنفعة وفي الآخر العمل، وهي في الحقيقة نوع واحد لأنها بيع المنفعة فكان المعقود عليه المنفعة في النوعين جميعاً، إلا أن المنفعة تختلف باختلاف محل المنفعة فيختلف

= لمن الزرع ولمن الأرض؟ فقال زرعي وبذري وعملي، لي الشطر ولبني فلان الشطر، فقال: أربيتما، فردّ الأرض على أهلها وخذ نفقتك». قال المنذري: في إسناده بكير بن عامر البجلي الكوفي، وقد تكلم فيه غير واحد.

(١) سورة الطلاق، الآية: (٦).

(٢) سورة النساء، الآية: (٢٥).

استيفاؤها باستيفاء منافع المنازل بالسكنى والأراضي بالزراعة والثياب والحلل وعبيد الخدمة بالخدمة والدواب بالركوب والحمل والأواني والظروف بالاستعمال والصناع بالعمل من الخياطة والقصارة ونحوهما، وقد يقام فيه تسليم النفس مقام الاستيفاء، كما في أجير الوحد، حتى لو سلم نفسه في المدة ولم يعمل يستحق الأجر.

وإذا عرف أن الإجارة بيع المنفعة فنخرج عليه بعض المسائل فنقول: لا تجوز إجارة الشجر والكرم للثمر لأن الثمر عين والإجارة بيع المنفعة لا بيع العين، ولا تجوز إجارة الشاة للبنها أو سمنها أو صوفها أو ولدها، لأن هذه أعيان فلا تستحق بعقد الإجارة، وكذا إجارة الشاة ليرضع جدياً أو صبياً لما قلنا، ولا تجوز إجارة ماء في نهر أو بئر أو قناة أو عين، لأن الماء عين، فإن استأجر القناة والعين والبئر مع الماء لم يجز أيضاً، لأن المقصود منه الماء وهو عين، ولا يجوز استئجار الآجام التي فيها الماء للسمك وغيره من القصب والصيد لأن كل ذلك عين، فإن استأجرها مع الماء فهو أفسد وأخبث، لأن استئجارها بدون الماء فاسد فكان مع الماء أفسد، ولا تجوز إجارة المراعي لأن الكلأ عين فلا تحتمل الإجارة، ولا تجوز إجارة الدراهم والدنانير ولا تبرهما وكذا تبر النحاس والرصاص ولا استئجار المكيلات والموزونات لأنه لا يمكن الانتفاع بها إلا بعد استهلاك أعيانها، والداخل تحت الإجارة المنفعة لا العين، حتى لو استأجر الدراهم والدنانير ليعير بها ميزاناً أو حنطة ليعير بها مكيالاً، أو زيتاً ليعير به أرطالاً أو أمناناً أو وقتاً معلوماً.

ذكر في «**الأصل**»: أنه يجوز، لأن ذلك نوع انتفاع بها مع بقاء عينها، فأشبه استئجار سنجات الميزان.

وذكر الكرخي: أنه لا يجوز لفقد شرط آخر، وهو كون المنفعة مقصودة والانتفاع بهذه الأشياء من هذه الجهة غير مقصود عادة، ولا يجوز استئجار الفحل للضراب، لأن المقصود منه النسل وذلك بإنزال الماء وهو عين، وقد روي عن رسول الله ﷺ: «**أَنَّه نَهى عَنْ عَسْبِ الفَحْلِ**»[1] أي كرائه لأن العسب في اللغة وإن كان اسماً للضراب لكن لا يمكن حمله عليه، لأن ذلك ليس بمنهي لما في النهي عنه من قطع النسل فكان المراد منه كراء عسب الفحل إلا أنه حذف الكراء وأقام العسب مقامه، كما في قوله عز وجل: ﴿**وَاسْأَلِ القَرْيَةَ**﴾[2] ونحو ذلك.

ولو استأجر كلباً معلماً ليصيد أو بازياً لم يجز، لأنه استئجار على العين وهو الصيد، وجنس هذه المسائل تخرج على الأصل.

فإن قيل: أليس إن استئجار الظئر جائز وإنه استئجار على العين وهي اللبن، بدليل أنها لو أرضعته بلبن شاة لم تستحق الأجرة.

فالجواب: أنه روي عن محمد: أن العقد يقع على خدمة الصبي واللبن يدخل على طريق التبع فكان ذلك استئجاراً على المنفعة أيضاً واستيفاؤها بالقيام بخدمة الصبي من غسله وغسل ثيابه وإلباسها إياه وطبخ طعامه ونحو ذلك واللبن يدخل فيه تبعاً كالصبغ في استئجار الصباغ، وإذا أرضعته بلبن الشاة فلم تأت بما

---

(١) تقدم تخريجه.
(٢) سورة يوسف، الآية: (٨٢).

دخل تحت العقد فلا تستحق الأجرة كالصباغ إذا صبغ الثوب لوناً آخر غير ما وقع عليه العقد أنه لا يستحق الأجر، وذا لا يدل على أن المعقود عليه ليس هو المنفعة، كذا ههنا.

ومن مشايخنا من قال إن المعقود عليه هناك العين وهي اللبن مقصوداً والخدمة تبع، لأن المقصود تربية الصبي ولا يتربى إلا باللبن، فأجري اللبن مجرى المنافع، ولهذا لا يجوز بيعه، وعلى هذا يخرج استئجار الأقطع والأشل للخياطة بنفسه والقصارة والكتابة وكل عمل لا يقوم إلا باليدين واستئجار الأخرس لتعليم الشعر والأدب والأعمى لنقط المصاحف أنه غير جائز، لأن الإجارة بيع المنفعة والمنفعة لا تحدث عادة إلا عند سلامة الآلات والأسباب وكذا استئجار الأرض السبخة والنزة للزراعة وهي لا تصلح لها، لأن منفعة الزراعة لا يتصور حدوثها منها عادة فلا تقع الإجارة بيع المنفعة فلم نجز، وعلى هذا يخرج استئجار المصحف أنه لا يجوز، لأن منفعة المصحف النظر فيه والقراءة منه، والنظر في مصحف الغير والقراءة منه مباح والإجارة بيع المنفعة، والمباح لا يكون محلاً للبيع كالأعيان المباحة من الحطب والحشيش.

وكذا استئجار كتب ليقرأ فيها شعراً أو فقهاً، لأن منافع الدفاتر النظر فيها والنظر في دفتر الغير مباح من غير أجر، فصار كما لو استأجر ظل حائط خارج داره ليقعد فيه.

ولو استأجر شيئاً من الكتب ليقرأ فقرأ لا أجر عليه لانعدام عقد المعاوضة وعلى هذا أيضاً يخرج إجارة الآجام[1] للسمك والقصب، وإجارة المراعي للكلأ وسائر الأعيان المباحة أنها غير جائزة لما بينا، والله عز وجل أعلم.

فصل: وأما شرائط الركن فأنواع بعضها شرط الانعقاد وبعضها شرط النفاذ وبعضها شرط الصحة وبعضها شرط اللزوم.

أما شرط الانعقاد فثلاثة أنواع: نوع يرجع إلى العاقد، ونوع يرجع إلى نفس العقد ونوع يرجع إلى مكان العقد.

أما الذي يرجع إلى العاقد فالعقل، وهو أن يكون العاقد عاقلاً حتى لا تنعقد الإجارة من المجنون والصبي الذي لا يعقل، كما لا ينعقد البيع منهما.

وأما البلوغ: فليس من شرائط الانعقاد ولا من شرائط النفاذ عندنا، حتى إن الصبي العاقل لو أجر ماله أو نفسه، فإن كان مأذوناً ينفذ، وإن كان محجوراً يقف على إجازة الولي عندنا خلافاً للشافعي[2]، وهي من مسائل المأذون. ولو أجر الصبي المحجور نفسه وعمل وسلم من العمل يستحق الأجر ويكون الأجر له، أما استحقاق الأجر فلأن عدم النفاذ كان نظراً له، والنظر بعد الفراغ من العمل سليماً في النفاذ فيستحق الأجرة ولا يهدر سعيه فيتضرر به، وكان الولي أذن له بذلك دلالة بمنزلة قبول الهبة من الغير.

وأما كون الأجرة المسماة له فلأنها بدل منافع وهي حقة، وكذا حرية العاقد ليست بشرط لانعقاد هذا

---

(١) الآجام: يريدون البطيحة التي هي منبت القصب أو اليراع. والأجمة الشجر الملتف والجم أجم وآجام. انظر «المغرب» (١/ ٣٠).

(٢) انظر «المهذب» (١/ ٢٦٤ و ٣٣٩) و «الوجيز» (١/ ١٣٣) و «المنهاج» صفحة (٤٤) «الروضة» (٣/ ٣٤٢).

العقد ولا لنفاذه عندنا فينفذ عقد المملوك إن كان مأذوناً ويقف على إجازة مولاه إن كان محجوراً.

وعند الشافعي[١] لا يقف بل يبطل.

وإذا سلم من العمل في إجارة نفسه أو إجارة مال المولى وجب الأجر المسمى لما ذكرنا في الصبي، إلا أن الأجر هنا يكون للمولى، لأن العبد ملك المولى والأجر كسبه، وكسب المملوك للمالك.

ولو هلك الصبي أو العبد في يد المستأجر في المدة ضمن لأنه صار غاصباً حيث استعملهما من غير إذن المولى، ولا يجب الأجر لأن الأجر مع الضمان لا يجتمعان، ولو قتل العبد أو الصبي خطأ فعلى عاقلته الدية أو القيمة وعليه الأجر في ماله لأن إيجاب الأجرة ههنا لا يؤدي إلى الجمع لاختلاف من عليه الواجب وللمكاتب أن يؤاجر ويستأجر لأنه في مكاسبه كالحر.

وأما كون العاقد طائعاً جاداً عامداً فليس بشرط لانعقاد هذا العقد ولا لنفاذه عندنا لكنه من شرائط الصحة، كما في بيع العين، وإسلامه ليس بشرط أصلاً فتجوز الإجارة والاستئجار من المسلم والذمي والحربي المستأمن لأن هذا من عقود المعاوضات فيملكه المسلم والكافر جميعاً كالبياعات، غير أن الذمي إن استأجر داراً من المسلم في المصر فأراد أن يتخذها مصلى للعامة ويضرب فيها بالناقوس له ذلك ولرب الدار وعامة المسلمين أن يمنعوه من ذلك على طريق الحسبة لما فيه من إحداث شعائر لهم وفيه تهاون بالمسلمين واستخفاف بهم كما يمنع من إحداث ذلك في دار نفسه في أمصار المسلمين، ولهذا يمنعون من إحداث الكنائس في أمصار المسلمين.

قال النبي ﷺ: «لا خِصَاءَ فِي الإسلَامِ وَلا كَنِيْسَةَ»[٢] أي لا يجوز إخصاء الإنسان ولا إحداث الكنيسة في دار الإسلام في الأمصار ولا يمنع أن يصلي فيها بنفسه من غير جماعة لأنه ليس فيه ما ذكرناه من المعنى ألا ترى أنه لو فعل ذلك في دار نفسه لا يمنع منه، ولو كانت الدار بالسواد ذكر في الأصل أنه لا يمنع من ذلك لكن قيل إن أبا حنيفة إنما أجاز ذلك في زمانه، لأن أكثر أهل السواد في زمانه كانوا أهل الذمة من المجوس فكان لا يؤدي ذلك إلى الإهانة والاستخفاف بالمسلمين، وأما اليوم فالحمد لله عز وجل فقد صار السواد كالمصر فكان الحكم فيه كالحكم في المصر.

وهذا إذا لم يشرط ذلك في العقد، فأما إذا شرط بأن استأجر ذمي داراً من مسلم في مصر من أمصار المسلمين ليتخذها مصلى للعامة لم تجز الإجارة لأنه استئجار على المعصية.

وكذا لو استأجر ذمي من ذمي ليفعل ذلك لما قلنا ولا بأس باستئجار ظئر كافرة والتي ولدت من فجور، لأن الكفر والفجور لا يؤثران في اللبن لأن لبنهما لا يضر بالصبي، ويكره استئجار الحمقاء لقوله ﷺ: «لا تُرضِعْ لَكُمُ الحَمقَاءُ. فإنَّ اللَّبَنَ يُفْسِد»[٣] والظاهر أن المراد منه غير الأم، لأن الولادة أبلغ من

---

(١) انظر «المهذب» (١/ ٣٩٦) و «المنهاج» صفحة (٩٢)، و «المجموع» (١٥/ ٢٢٥).

(٢) أخرجه البيهقي في «السنن الكبرى» برقم (١٠/ ٢٤) بلفظ: «ولا إخصاء... ولا بنيان...».

(٣) أخرجه الطبراني في «الأوسط» قال الهيثمي في «المجمع» وفيه عباد بن عبد الصمد وهو ضعيف وهو بلفظ: «لا تسترضعوا الحمقاء فإن اللبن يورث». =

الرضاع نهى وعلل بالإفساد، لأن حمقها لمرض بها عادة ولبن المريضة يضر بالصبي، ويحتمل أن النهي عن ذلك لئلا يتعود الصبي بعادة الحمقى، لأن الصبي يتعود بعادة ظئره والله أعلم.

وأما الذي يرجع إلى نفس العقد ومكانه فما ذكرنا في كتاب البيوع.

وأما شرط النفاذ فأنواع: منها: خلو العاقد عن الردة إذا كان ذكراً في قول أبي حنيفة.

وعند أبي يوسف ومحمد: ليس بشرط بناءً على أن تصرفات المرتد موقوفة عند أبي حنيفة، وعندهما: نافذة وتصرفات المرتدة نافذة في قولهم جميعاً وهي من مسائل كتاب السير.

ومنها: الملك والولاية فلا تنفذ إجارة الفضولي لعدم الملك والولاية لكنه ينعقد موقوفاً على إجازة المالك عندنا خلافاً للشافعي[1] كالبيع والمسألة ذكرناها في كتاب البيوع، ثم الإجازة إنما تلحق الإجارة الموقوفة بشرائط ذكرناها في البيوع، منها قيام المعقود عليه.

وعلى هذا يخرج ما إذا أجر الفضولي فأجاز المالك العقد أنه لو أجاز قبل استيفاء المنفعة جازت وكانت الأجرة للمالك، لأن المعقود عليه ما فات.

ألا ترى أنه لو عقد عليه ابتداءً بأمره جاز فإذا كان محلاً لإنشاء العقد عليه كان محلاً للإجازة إذ الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة، وإن أجاز بعد استيفاء المنفعة لم تجز إجازته وكانت الأجرة للعاقد لأن المنافع المعقود عليه قد انعدمت ألا ترى أنها قد خرجت عن احتمال إنشاء العقد عليها فلا تلحقها الإجازة، وقد قالوا فيمن غصب عبداً فأجره سنة للخدمة وفي رجل آخر غصب غلاماً أو داراً فأقام البينة رجل أنه له، فقال المالك قد أجزت ما أجرت أن مدة الإجارة إن كانت قد انقضت فللغاصب الأجر لما ذكرنا أن المعقود عليه قد انعدم والإجازة لا تلحق المعدوم، وإن كان في بعض المدة فالأجر الماضي والباقي لرب الغلام في قول أبي يوسف.

وقال محمد: أجر ما مضى للغاصب وأجر ما بقي للمالك، فأبو يوسف نظر إلى المدة، فقال: إذا بقي بعض المدة لم يبطل العقد فبقي محلاً للإجازة، ومحمد نظر إلى المعقود عليه، فقال: كل جزء من أجزاء المنفعة معقود عليه بحياله كأنه عقد عليه عقد مبتدأ بالمنافع في الزمان الماضي وانعدمت فانعدم شرط لحوق الإجازة للعقد فلا تلحقه الإجازة، وقد خرج الجواب عما ذكره أبو يوسف.

وقد قال محمد: فيمن غصب أرضاً فأجرها للزراعة فأجاز صاحب الأرض الإجارة أن أجرة ما مضى للغاصب وأجرة ما بقي للمالك وهو على ما ذكرنا من الاختلاف، قال فإن أعطاها مزارعة فأجازها صاحب الأرض جازت، وإن كان الزرع قد سنبل ما لم يسمن ولا شيء للغاصب من الزرع لأن المزارعة بمنزلة شيء واحد لا يفرد بعضها من بعض فكان إجازة العقد قبل الاستيفاء بمنزلة ابتداء العقد.

= الطبراني في «الصغير» والبزار بلفظ «لا تسترضعوا الورهاء» قال في «المجمع» إسنادهما ضعيف.
«المعجم الصغير» رقم (١٣٧) «المجمع» (٤/ ٢٦٢).

(١) انظر «المهذب» (١/ ٢٦٥).

وأما إذا سمن الزرع فقد انقضى عمل المزارعة فلا يلحق العقد الإجازة، وأما الاستئجار من الفضولي فهو كشرائه فإن أضاف العقد إلى نفسه كان المستأجر له، لأن العقد وجد نفاذاً على العاقد فينفذ عليه، وإن أضاف العقد إلى من استأجر له ينظر إن وقعت الإضافة إليه في الإيجاب والقبول جميعاً يتوقف على إجازته، وإن وقعت الإضافة إليه في أحدهما دون الآخر لا يتوقف بل ينفذ على العاقد لما ذكرنا في البيوع، بخلاف الوكيل بالاستئجار أنه يقع استئجاره للموكل، وإن أضاف العقد إلى نفسه، والفرق على نحو ما ذكرنا في كتاب البيوع.

وعلى هذا تخرج إجارة الوكيل أنها نافذة لوجود الولاية بإنابة المالك إياه مناب نفسه فينفذ كما لو فعله الموكل بنفسه وله أن يؤاجر من ابن الموكل وأبيه، لأن للموكل ذلك لاختلاف ملكيهما كذا الوكيل وله أن يؤاجر من مكاتبه، لأن للمولىٰ أن يؤاجر منه، لأنه لا يملك ما في يده فكذا لوكيله.

وأما العبد المأذون فإن لم يكن عليه دين فلا يملك أن يؤاجر منه، لأن المولى لا يجوز له ذلك، لأن كسبه ملكه فكذا الوكيل، وإن كان عليه دين فله ذلك أما عند أبـي حنيفة؛ فلأن المولى لا يملك ما في يده وكان بمنزلة المكاتب فيجوز لوكيله أن يؤاجر منه.

وأما على قولهما: فكسبه وإن كان ملك المولى لكن تعلق به حق الغير فجعل المالك كالأجنبـي ولا يجوز له أن يؤاجر من أبيه وابنه وكل من لا تقبل شهادته له في قول أبـي حنيفة، وعندهما تجوز بأجر مثله كما في بيع العين وهو من مسائل كتاب الوكالة وله أن يؤاجر بمثل أجر الدار، وبأقل عند أبـي حنيفة، وعندهما ليس له أن يؤاجر بالأقل وهو على الاختلاف في البيع.

ولو آجر إجارة فاسدة نفذت، ولأن مطلق العقد يتناول الصحيح والفاسد كما في البيع ولا ضمان عليه لأنه لم يصر مخالفاً، وعلى المستأجر أجر المثل إذا انتفع لأنه استوفى المنافع بالعقد الفاسد.

ولو لم يؤاجر الموكل الدار لكنه وهبها من رجل أو أعارها إياه فسكنها سنين ثم جاء صاحبها فلا أجر له على الوكيل ولا على الساكن، لأن المنافع على أصل أصحابنا لا تضمن إلا بالعقد الصحيح أو الفاسد، ولم يوجد ههنا.

وكذلك الإجارة من الأب والوصي والقاضي وأمينه نافذة لوجود الإنابة من الشرع فللأب أن يؤاجر ابنه الصغير في عمل من الأعمال، لأن ولايته على الصغير كولايته على نفسه لأن شفقته عليه كشفقته على نفسه وله أن يؤاجر نفسه فكذا ابنه، ولأن فيها نظراً للصغير من وجهين:

أحدهما: أن المنافع في الأصل ليست بمال خصوصاً منافع الحر وبالإجارة تصير مالاً، وجعل ما ليس بمال مالاً من باب النظر.

والثاني: أن إيجاره في الصنائع من باب التهذيب والتأديب والرياضة وفيه نظر للصبـي فيملكه الأب، وكذا وصي الأب لأنه مرضي الأب والجد أب الأب لقيامه مقام الأب عند عدمه ووصيه، لأنه مرضيه والقاضي لأنه نصب ناظراً وأمينه لأنه مرضيه، ولا تجوز إجارة غير الأب ووصيه والجد ووصيه من سائر

ذوي الرحم المحرم إذا كان له أحد ممن ذكرنا، لأن من سواهم لا ولاية له على الصغير.

ألا ترى أنه لا يملك التصرف في ماله ففي نفسه أولى إلا إذا كان في حجره فتجوز إجارته إياه في قولهم، لأنه إذا كان في حجره كان له عليه ضرب من الولاية، لأنه يربيه ويؤدبه واستعماله في الصنائع نوع من التأديب فيملكه من حيث إنه تأديب، فإن كان في حجر ذي رحم محرم منه فأجره ذو رحم محرم آخر هو أقرب إليه من الذي هو في حجره بأن كان الصبي في حجر عمه وله أم فأجرته، قال أبو يوسف: تجوز إجارتها إياه، وقال محمد لا تجوز.

وجه قول محمد: أن هؤلاء لا ولاية لهم على الصبي أصلاً ومقصوداً وإنما يملكون الإجارة ضمناً لولاية التربية وأنها تثبت لمن كان في حجره، فإذا لم يكن في حجره كان بمنزلة الأجانب.

ولأبي يوسف: أن ذا الرحم إنما يلي عليه هذا النوع من الولاية بسبب الرحم فمن كان أقرب إليه في الرحم كان أولى كالأب مع الجد وللذي في حجره أن يقبض الأجرة لأن قبض الأجرة من حقوق العقد وهو العاقد فكان ولاية القبض له وليس له أن ينفقها عليه لأن الأجرة ماله والإنفاق عليه تصرف في ماله وليس له ولاية التصرف في المال، وكذا إذا وهب له هبة فله أن يقبضها وليس له أن ينفقها، لأن قبض الهبة منفعة محض للصغير.

ألا ترى أن الصغير يملك قبضها بنفسه، وأما الإنفاق فهو من باب الولاية فلا يملكه من لا يملك التصرف في ماله، ولو بلغ الصبي في هذا كله قبل انقضاء مدة الإجارة فله الخيار إن شاء أمضى الإجارة وإن شاء فسخ، لأن في استيفاء العقد إضراراً به، لأنه بعد البلوغ تلحقه الأنفة من خدمة الناس، وإلى هذا أشار أبو حنيفة فقال: أرأيت لو تفقه فولي القضاء أكنت أتركه يخدم الناس وقد أجره أبوه هذا قبيح، ولأن المنافع تحدث شيئاً فشيئاً والعقد ينعقد على حسب حدوث المنافع، فإذا بلغ فيصير كأن الأب عقد ما يحدث من المنافع بعد البلوغ ابتداءً فكان له خيار الفسخ والإجارة كما إذا عقد ابتداء بعد البلوغ، وكذا الأب والجد ووصيهما والقاضي ووصيه في إجارة عبد الصغير وعقاره، لأن لهم ولاية التصرف في ماله بالبيع كذا بالإجارة.

ولو بلغ قبل انتهاء المدة فلا خيار له بخلاف إجارة النفس، وقد ذكرنا الفرق بينهما في كتاب البيوع، وليس للأب ومن يملك إجارة مال الصبي ونفسه وماله أن يؤجره بأقل من أجر المثل قدر ما لا يتغابن الناس في مثله عادة، ولو فعل لا ينفذ لأنه ضرر في حقه، وهذه ولاية نظر فلا تثبت مع الضرر وليس لغير هؤلاء ممن هو في حجره أن يؤاجر عبده أو داره، لأن ذلك تصرف في المال فلا يملكه إلا من يملك التصرف في المال كبيع المال.

وقال ابن سماعة عن محمد: استحسن أن يؤاجروا عبده لأنهم يملكون إجارة نفسه فإجارة ماله أولى، وكذا استحسن أن ينفقوا عليه ما لا بد منه، لأن في تأخير ذلك ضرراً عليه.

وكذلك أحد الوصيين يملك أن يؤاجر اليتيم في قول أبي حنيفة ولا يؤاجر عبده.

وقال محمد: يؤاجر عبده، والصحيح قول أبي حنيفة، لأن لكل واحد من الوصيين التصرف فيما

يخاف الضرر بتأخيره وفي ترك إجارة الصبي ضرر منه بترك تأديبه ولا ضرر في ترك إجارة العبد، ولا تجوز إجارة الوصي نفسه منه للصبي، وهذا على أصل محمد لا يشكل، لأن الوصي لا يملك بيع ماله من الصبي أصلاً فلا يملك إجارة نفسه، أما على أصل أبي حنيفة فيحتاج إلى الفرق بين البيع والإجارة حيث يملك البيع ولا يملك الإجارة.

ووجه الفرق: أنه إنما يملك بيع ماله منه إذا كان فيه نظر للصغير ولا نظر للصغير في إجارة نفسه منه، لأن فيها جعل ما ليس بمال مالاً فلم يجز للوصي أن يعمل في مال الصبي مضاربة، والفرق بين الإجارة والمضاربة أن الوصي بعقد المضاربة لا يوجب حقاً في مال المضاربة وإنما يوجب حقاً في الربح وأنه قد يكون وقد لا يكون فلا يلحقه تهمة بخلاف الإجارة، لأنها توجب حقاً في مال الصبي لا محالة وهو متهم فيه لما بينا.

وأما استئجار الصغير لنفسه فينبغي أن يجوز على قول أبي حنيفة إذا كان بأجرة لا يتغابن في مثلها، لأنه يملك بيع ماله من نفسه إذا كان فيه نظر له وفي استئجاره إياه لنفسه نظرٌ له لما فيه من جعل ما ليس بمال مالاً، ويجوز للأب أن يؤاجر نفسه للصغير أو يستأجر الصغير لنفسه لأن بيع مال الأب من الصغير وشراء ماله لنفسه لا يتقيد بشرط النظر بدليل أنه لو باع ماله منه بمثل قيمته أو اشترى مال الصغير لنفسه بمثل قيمته يجوز فكذا الإجارة.

ومنها: تسليم المستأجر في إجارة المنازل ونحوها إذا كان العقد مطلقاً عن شرط التعجيل بأن لم يشرط تعجيل الأجرة في العقد ولم يوجد التعجيل أيضاً من غير شرط عندنا خلافاً للشافعي[1] بناءً على أن الحكم في الإجارة المطلقة لا يثبت بنفس العقد عندنا، لأن العقد في حق الحكم ينعقد على حسب حدوث المنفعة فكان العقد في حق الحكم مضافاً إلى حين حدوث المنفعة فيثبت حكمه عند ذلك وعنده تجعل منافع المدة موجودة في الحال تقديراً كأنها عين قائمة فيثبت الحكم بنفس العقد كما في بيع العين، وهذا أصل نذكره في بيان حكم الإجارة وكيفية انعقادها في حق الحكم إن شاء الله تعالى.

ونعني بالتسليم التخلية والتمكين من الانتفاع برفع الموانع في إجارة المنازل ونحوها وعبيد الخدمة وأجير الواحد حتى لو انقضت المدة من غير تسليم المستأجر على التفسير الذي ذكرنا لا يستحق شيئاً من الأجر، لأن المستأجر لم يملك من المعقود عليه شيئاً فلا يملك هو أيضاً شيئاً من الأجر، لأنه معاوضة مطلقة.

ولو مضى بعد العقد مدة ثم سلم فلا أجر له فيما مضى لعدم التسليم فيه، ولو أجر المنزل فارغاً وسلم المفتاح إلى المستأجر فلم يفتح الباب حتى مضت المدة لزمه كل الأجر لوجود التسليم وهو التمكين من الانتفاع برفع الموانع في جميع المدة فحدثت المنافع في ملك المستأجر فهلكت على ملكه فلا يسقط عنه الأجر كالبائع إذا سلم المبيع إلى المشتري بالتخلية فهلك في يد البائع كان الهلاك على المشتري لأنه هلك على ملكه كذا هذا.

---

(١) انظر «المجمع» (١٥/ ٢٨١).

وإن لم يسلم المفتاح إليه لكنه أذن له بفتح الباب، فقال مر وافتح الباب فإن كان يقدر على فتح الباب بالمعالجة لزمه الكراء لوجود التسليم، وإن لم يقدر لا يلزمه، لأن التسليم لم يوجد.

ولو استأجر داراً ليسكنها شهراً أو عبداً يستخدمه شهراً أو دابة ليركبها إلى الكوفة فسكن واستخدم في بعض الوقت وركب في بعض المسافة ثم حدث بها مانع يمنع من الانتفاع من غرق أو مرض أو إباق أو غصب أو كان زرعاً فقطع شربه أو رحى فانقطع ماؤه لا تلزمه أجرة تلك المدة، لأن المعقود عليه المنفعة في تلك المدة لأنها تحدث شيئاً فشيئاً فلا تصير منافع المدة مسلمة بتسليم محل المنفعة لأنها معدومة، والمعدوم لا يحتمل التسليم وإنما يسلمها على حسب وجودها شيئاً فشيئاً، فإذا اعترض منع فقد تعذر تسليم المعقود عليه قبل القبض فلا يجب البدل كما لو تعذر تسليم المبيع قبل القبض بالهلاك والله عز وجل أعلم.

ومنها: أن يكون العقد مطلقاً عن شرط الخيار، فإن كان فيه خيار لا ينفذ في مدة الخيار، لأن الخيار يمنع انعقاد العقد في حق الحكم ما دام الخيار قائماً لحاجة من له الخيار إلى دفع العين عن نفسه كما في بيع العين، وهذا لأن شرط الخيار وإن كان شرطاً مخالفاً لمقتضى العقد.

والقيـاس يأباه لما مر لكن تركنا اعتبار القياس لحاجة الناس، ولهذا جاز في بيع العين كذا في الإجارة والله عز وجل الموفق.

وأما شرط الصحة فلصحة هذا العقد شرائط: بعضها يرجع إلى العاقد، وبعضها يرجع إلى المعقود عليه، وبعضها يرجع إلى محل المعقود عليه، وبعضها يرجع إلى ما يقابل المعقود عليه وهو الأجرة، وبعضها يرجع إلى نفس العقد أعني الركن.

أما الذي يرجع إلى العاقد فرضى المتعاقدين لقوله عز وجل: ﴿يَا أَيُّها الَّذين آمَنُوا لا تأكلُوا أَموَالَكُمْ بَينكُمْ بِالبَاطِلِ إلا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَراضٍ مِنْكُمْ﴾[١] والإجارة تجارة، لأن التجارة تبادل المال بالمال والإجارة كذلك، ولهذا يملكها المأذون وأنه لا يملك ما ليس بتجارة فثبت أن الإجارة تجارة فدخلت تحت النص، وقال النبي ﷺ: «لاَ يَحِلّ مالُ امرىءٍ مسلمٍ إلاّ بطيبَةٍ مِنْ نَفْسِهِ» فلا يصح مع الكَراهة والهزل والخطأ، لأن هذه العوارض تنافي الرضا فتمنع صحة الإجارة، ولهذا منعت صحة البيع.

وأما إسلام العاقد فليس بشرط فيصح من المسلم والكافر والحربـي المستأمن كما يصح البيع منهم، وكذا الحرية فيصح من المملوك المأذون وينفذ من المحجور وينعقد ويتوقف على ما بينا والله عز وجل أعلم.

وأما الذي يرجع إلى المعقود عليه فضروب: منها أن يكون المعقود عليه وهو المنفعة معلوماً علماً يمنع من المنازعة، فإن كان مجهولاً ينظر إن كانت تلك الجهالة مفضية إلى المنازعة تمنع صحة العقد وإلا فلا، لأن الجهالة المفضية إلى المنازعة تمنع من التسليم والتسلم فلا يحصل المقصود من العقد فكان العقد عبثاً

(١) سورة النساء، الآية: (٢٩).

لخلوه عن العاقبة الحميدة، وإذا لم تكن مفضية إلى المنازعة يوجد التسليم والتسلم فيحصل المقصود ثم العلم بالمعقود عليه وهو المنفعة يكون ببيان أشياء:

ومنها: بيان محل المنفعة حتى لو قال: أجرتك إحدى هاتين الدارين أو أحد هذين العبدين، أو قال: استأجرت أحد هذين الصانعين لم يصح العقد، لأن المعقود عليه مجهول لجهالة محله جهالة مفضية إلى المنازعة فتمنع صحة العقد.

وعلى هذا قال أبو حنيفة: إذا باع نصيباً له من دار غير مسمى ولا يعرفه المشتري أنه لا يجوز لجهالة النصيب.

وقال أبو يوسف ومحمد: يجوز إذا علم به بعد ذلك، وإن كان عرفه المشتري وقت العقد أو عرفه في المجلس جاز سواء كان البائع يعرفه أو لا يعرفه بعد أن صدق المشتري فيما قال، وجواب أبـي حنيفة مبني على أصلين:

أحدهما: أن بيع النصيب لا يجوز عنده، وهو قول محمد، وعند أبـي يوسف جائز.

والثاني: أن إجارة المشاع غير جائزة عنده، وإن كان المستأجر معلوماً من نصف أو ثلث أو غير ذلك فالمجهول أولى، وعندهما إجارة المشاع جائزة، وإنما فرق محمد بين الإجارة والبيع حيث جوز إجارة النصيب ولم يجوز بيع النصيب، لأن الأجرة لا تجب بنفس العقد على أصل أصحابنا وإنما تجب عند استيفاء المعقود عليه وهو المنفعة والنصيب عند الاستيفاء معلوم بخلاف البيع فإن البدل فيه يجب بنفس العقد، وعنده العقد النصيب مجهول.

وعلى هذا يخرج قول أبـي حنيفة ما إذا استأجر من عقار مائة ذراع أو استأجر من أرض جريباً أو جريبين أنه لا يجوز كما لا يجوز البيع، لأن اسم الذراع عنده يقع على القدر الذي يحله الذراع من البقعة المعينة وذلك للحال مجهول، وكذا إجارة المشاع لا تجوز عنده، وإن كان معلوماً فالمجهول أولى، وعندهما الذارع كالسهم، وتجوز إجارة السهم كذا إجارة الذراع، وقد ذكرنا المسألة في كتاب البيوع.

وعلى هذا تخرج إجارة المشاع من غير الشريك عند أبـي حنيفة أنها لا تجوز لأن المعقود عليه مجهول لجهالة محله إذ الشائع اسم لجزء من الجملة غير عين من الثلث والربع ونحوهما وإنه غير معلوم فأشبه إجارة عبد من عبدين، وعندهما جائز كبيع الشائع، وبه أخذ الشافعي[1]، وتخرج المسألة على أصل آخر هو أولى بالتخريج عليه، ونذكر الدلائل هناك إن شاء الله تعالى.

وإن استأجر طريقاً من دار ليمر فيها وقتاً معلوماً لم يجز في قياس قول أبـي حنيفة، لأن البقعة المستأجرة غير معلومة من بقية الدار فكان إجارة المشاع فلا يجوز عنده، وعندهما: يجوز.

ولو استأجر ظهر بيت ليبيت عليه شهراً أو ليضع متاعه عليه، اختلف المشايخ فيه لاختلاف نسخ الأصل ذكر في بعضها أنه لا يجوز، وفي بعضها أنه يجوز، وهو الصحيح، لأن المعقود عليه معلوم.

---

(١) انظر «المجموع» (١٥/ ٢٦١).

وذكر في «الأصل» إذا استأجر علو منزل ليبني عليه لا يجوز في قياس قول أبـي حنيفة، لأن البناء عليه يختلف في الخفة والثقل والثقيل منه يضر بالعلو، والضرر لا يدخل في العقد، لأن الأجير لا يرضى به فكان مستثنى من العقد دلالة ولا ضابط له فصار محل المعقود عليه مجهولاً بخلاف ما إذا استأجر أرضاً ليبني عليها أنه يجوز، لأن الأرض لا تتأثر لثقل البناء وخفته، ويجوز في قياس قول أبـي يوسف ومحمد، لأن البناء المذكور ينصرف إلى المتعارف، والجواب ما ذكرنا أنه ليس لذلك حد معلوم.

وعلى هذا يخرج ما إذا استأجر شرباً من نهر أو مسيل ماء في أرض أنه لا يجوز، لأن قدر ما يشغل الماء من النهر والأرض غير معلوم.

ولو استأجر نهراً ليسوق منه الماء إلى أرض له فيسقيها لم يجز، وذكر في الأصل إذا استأجر نهراً يابساً يجري فيه الماء إلى أرضه أو رحى لا يجوز في قول أبـي حنيفة وأبـي يوسف ومحمد، وقال أرأيت لو استأجر ميزاباً ليسيل فيه ماء المطر على سطح المؤاجر ألم يكن هذا فاسداً.

وذكر هشام عن محمد: فيمن استأجر موضعاً معلوماً من أرض مؤقتاً بوقت معلوم يسيل فيه ماءه أنه يجوز فصار عن محمد روايتان.

وجه هذه الرواية: أن المانع جهالة البقعة وقد زالت الجهالة بالتعيين.

وجه الرواية المشهورة: وهو قول أبـي حنيفة وأبـي يوسف: أن مقدار ما يسيل من الماء في النهر والمسيل مختلف والكثير منه مضر بالنهر والسطح والمضر منه مستثنى من العقد دلالة وغير المضر غير مضبوط فصار محل المعقود عليه مجهولاً ولو استأجر ميزاباً ليركبه في داره كل شهر بشيء مسمى جاز، لأن الميزاب المركب في داره لا تختلف منفعته بكثرة ما يسيل فيه وقلته فكان محل المعقود عليه معلوماً.

ولو استأجر بالوعة ليصب فيها وضوأ لم يجز، لأن مقدار ما يصب فيها من الماء مجهول والضرر يختلف فيه بقلته وكثرته فكان محل المعقود عليه مجهولاً وعلىٰ هذا يخرج أيضاً ما إذا استأجر حائطاً ليضع عليه جذوعاً أو يبني عليه سترة أو يضع فيه ميزاباً أنه لا يجوز، لأن وضع الجذع وبناء السترة يختلف باختلاف الثقل والخفة والثقيل منه يضر بالحائط والضرر مستثنى من العقد دلالة وليس لذلك المضر حد معلوم فيصير محل المعقود عليه مجهولاً.

وكذلك لو استأجر من الحائط موضع كوة ليدخل عليه الضوء أو موضعاً من الحائط ليتد فيه وتداً لم يجز لما قلنا.

فإن قيل: أليس أنه لو استأخر دابة بغير عينها يجوز، وإن كان المعقود عليه مجهولاً لجهالة محله.

فالجواب: أن هذه الجهالة لا تفضي إلى المنازعة لحاجة الناس إلى سقوط اعتبارها، لأن المسافر لو استأجر دابة بعينها فربما تموت الدابة في الطريق فتبطل الإجارة بموتها ولا يمكنه المطالبة بدابة أخرى فيبقى في الطريق فيقضي بغير حمولة فيتضرر به فدعت الضرورة إلى الجواز وإسقاط اعتبار هذه الجهالة لحالة الناس فلا تكون الجهالة مفيضة إلى المنازعة كجهالة المدة وقدر الماء الذي يستعمل في الحمام.

وقال هشام: سألت محمداً عن الإطلاء بالنورة بأن قال: أطليك بدانق ولا يعلم بما يطليه من غلظه ونحافته؟.

قال: هو جائز، لأن مقدار البدن معلوم بالعادة والتفاوت فيه يسير لا يفضي إلى المنازعة، ولأن الناس يتعاملون ذلك من غير نكير فسقط اعتبار هذه الجهالة بتعامل الناس.

ومنها: بيان المدة في إجارة الدور والمنازل والبيوت والحوانيت وفي استئجار الظئر، لأن المعقود عليه لا يصير معلـوم القدر بدونه فترك بيانه يفضي إلى المنازعة، وسواء قصرت المدة أو طالت من يوم أو شهر أو سنة أو أكثر من ذلك بعد أن كانت معلومة، وهو أظهر أقوال الشافعي[١]، وفي بعضها أنه لا يجوز أكثر من سنة وفي بعضها أنه لا يجوز أكثر من ثلاثين سنة، والقولان لا معنى لهما، لأن المانع إن كان هو الجهالة فلا جهالة، وإن كان عدم الحاجة فالحاجة قد تدعو إلى ذلك وسواء عين اليوم أو الشهر أو السنة أو لم يعين، ويتعين الزمان الذي يعقب العقد لثبوت حكمه وقال الشافعي[٢]: لا يصح العقد ما لم يعين الوقت الذي يلي العقد نصاً.

وجه قوله: أن قوله يوماً أو شهراً أو سنة مجهول، لأنه اسم لوقت منكر وجهالة الوقت توجب جهالة المعقود عليه وليس في نفس العقد ما يوجب تعيين بعض الأوقات دون بعض فيبقى مجهولاً فلا بد من التعيين.

ولنا: أن التعيين قد يكون نصاً وقد يكون دلالة وقد وجد ههنا دلالة التعيين من وجهين:

أحدهما: أن الإنسان إنما يعقد عقد الإجارة للحاجة والحاجة عقيب العقد قائمة.

والثاني: أن العاقد يقصد بعقده الصحة ولا صحة لهذا العقد إلا بالصرف في الشهر الذي يعقب العقد فيتعين، بخلاف ما إذا قال لله عليّ أن أصوم شهراً أو أعتكف شهراً أن له أن يصوم ويعتكف أي شهر أحب ولا يتعين الشهر الذي يلي النذر، لأن تعين الوقت ليس بشرط لصحة النذر فوجب المنذور به في شهر منكر فله أن يعين أي شهر شاء.

ولو آجر داره شهراً أو شهوراً معلومة، فإن وقع العقد في غرة الشهر يقع على الأهلة بلا خلاف حتى لو نقص الشهر يوماً كان عليه كمال الأجرة، لأن الشهر اسم للهلال، وإن وقع بعد ما مضى بعض الشهر ففي إجارة الشهر يقع على ثلاثين يوماً بالإجماع لتعذر اعتبار الأهلة فتعتبر بالأيام.

وأما في إجارة الشهر ففيها روايتان عن أبـي حنيفة، وفي رواية اعتبر الشهور كلها بالأيام، وفي رواية: اعتبر تكميل هذا الشهر بالأيام من الشهر الأخير والباقي بالأهلة، وهكذا ذكر في «الأصل» فقال إذا استأجر سنة أولها هذا اليوم وهذا اليوم لأربعـة عشر من الشهر فإنه يسكن بقية هذا الشهر وأحد عشر شهراً بالأهلة وستة عشر يوماً من الشهر الأخير، وهذا غلط وقع من الكاتب، والصحيح أن يقال: وأربعة عشر يوماً، لأن

---

(١) انظر «المجموع» (١٥/ ٢٦٦).
(٢) انظر «المجموع» (١٥/ ٢٦٠).

ستة عشر يوماً قد سكن فلم يبق لتمام الشهر بالأيام إلا أربعة عشر يوماً.

وهكذا ذكر في بعض النسخ، وإنما يسكن ستة عشر يوماً إذا كان سكن أربعة عشر يوماً، وهو قول أبي يوسف ومحمد.

ووجهه: ما ذكرنا في كتاب الطلاق، لأن اسم الشهور للأهلة إذ الشهر اسم للهلال لغة إلا أنه لا يمكن اعتبار الأهلة في الشهر الأول فاعتبر فيه الأيام، ويمكن فيما بعده فيعمل بالأصل، ولأن كل جزء من أجزاء المنفعة معقود عليه لأنه يتجدد ويحدث شيئاً فشيئاً فيصير عند تمام الشهر الأول كأنه عقد الإجارة ابتداء فيعتبر بالأهلة بخلاف العدة أنه يعتبر فيها الأيام على إحدى الروايتين، لأن كل جزء من أجزاء العدة ليس بعدة، ولأن العدة فيها حق الله تعالى فاعتبر فيها زيادة العدد احتياطاً، والإجارة حق العبد فلا يدخله الاحتياط.

وجه الرواية الأخرى: أن الشهر الأول يكمل بالأيام بلا خلاف وإنما يكمل بالأيام من الشهر الثاني؛ فإذا كمل بالأيام من الشهر الثاني يصير أول الشهر الثاني بالأيام فيكمل من الشهر الثالث، وهكذا إلى آخر الشهور.

ولو قال: أجرتك هذه الدار سنة كل شهر بدرهم جاز بالإجماع، لأن المدة معلومة والأجرة معلومة ولا يملك أحدهما الفسخ قبل تمام السنة من غير عذر، ولو لم يذكر السنة فقال أجرتك هذه الدار كل شهر بدرهم جاز في شهر واحد عند أبي حنيفة، وهو الشهر الذي يعقب العقد كما في بيع العين بأن قال بعت منك هذه الصبرة كل قفيز منها بدرهم أنه لا يصح إلا في قفيز واحد عنده، لأن جملة الشهور مجهولة، فأما الشهر الأول فمعلوم وهو الذي يعقب العقد.

وذكر القدوري: أن الصحيح من قول أبي يوسف ومحمد أنه لا يجوز أيضاً وفرقا بين الإجارة وبين العين من حيث إن كل شهر لا نهاية له فلا يكون المعقود عليه معلوماً بخلاف الصبرة، لأنه يمكن معرفة الجملة بالكيل، وعامة مشايخنا قالوا تجوز هذه الإجارة على قولهما كل شهر بدرهم كما في بيع الصبرة كل قفيز بدرهم، وفي بيع المذروع كل ذراع بدرهم.

وعند أبي حنيفة: لا يجوز البيع في المذروع في الكل لا في ذراع واحد ولا في الباقي.

وفي المكيل والموزون يجوز في واحد ولا يجوز في الباقي في الحال إلا إذا علم المشتري جملته في المجلس لأن بيع قفيز من صبرة جائز، لأن الجهالة لا تفضي إلى المنازعة لعدم التفاوت بين قفيز وقفيز، فأما بيع ذراع من ثوب فلا يجوز لتفاوت في أجزاء الثوب فيفضي إلى المنازعة.

وقال الشافعي[1]: هذه الإجارة فاسدة واعتبرها ببيع كل ثوب من هذه الأثواب بدرهم وهذا الاعتبار غير سديد، لأن الثياب تختلف في أنفسها اختلافاً فاحشاً ولا يمكن تعيين واحد منها لا ختلافها، فأما الشهور فإنها لا تختلف فيتعين واحد منها للإجارة عند أبي حنيفة وهو الشهر الأول لما بينا، وإذا جاز في الشهر الأول لا غير عند أبي حنيفة فلكل واحد منهما أن يترك الإجارة عند تمام الشهر الأول، فإذا دخل الشهر

---

(١) انظر «المجموع» (١٥/٢٦٦ ـ ٢٦٧).

الثاني ولم يترك أحدهما انعقدت الإجارة في الشهر الثاني، لأنه إذا مضى الشهر الأول ولم يترك أحدهما فقد تراضيا على انعقاد العقد في الشهر الثاني فصارا كأنهما جددا العقد. وكذا هذا عند مضي كل شهر بخلاف ما إذا أجر شهراً وسكت ولم يقل كل شهر، لأن هناك لم يسبق منه شيء ينبني عليه العقد في الشهر الثاني.

ثم اختلف مشايخنا في وقت الفسخ وكيفيته: قال بعضهم إذا أهل الهلال يقول أحدهما على الفور فسخت الإجارة فإذا قال ذلك لا ينعقد في الشهر الثاني وإن سكتا عنه انعقدت.

وقال بعضهم: يفسخ أحدهما الإجارة في الحال، فإذا جاء رأس الشهر عمل ذلك الفسخ السابق، وقال بعضهم: يفسخ أحدهما ليلة الهلال أو يومها، وإن سكتا حتى غربت الشمس من اليوم الأول انعقدت الإجارة في الشهر الثاني وهذا أصح الأقاويل ومعنى الفسخ ههنا هو منع انعقاد الإجارة في الشهر الثاني لأنه رفع العقد الموجود من الأصل.

ولو استأجر دلواً وبكرة ليسقي غنمه ولم يذكر المدة لم يجز؛ لأن قدر الزمان الذي يسقي فيه الغنم غير معلوم فكان قدر المعقود عليه مجهولاً، وإن بين المدة جاز لأنه صار معلوماً ببيان المدة والله عز وجل أعلم.

وأما بيان ما يستأجر له في هذا النوع من الإجارة أعنى إجارة المنازل ونحوها فليس بشرط حتى لو استأجر شيئاً من ذلك ولم يسم ما يعمل فيه جاز وله أن يسكن فيه نفسه ومع غيره وله أن يسكن فيه غيره بالإجارة والإعارة وله أن يضع فيه متاعاً وغيره غير أنه لا يجعل فيه حداداً ولا قصاراً ولا طحاناً ولا ما يضر بالبناء ويوهنه وإنما كان كذلك لأن الإجارة شرعت الانتفاع والدور والمنازل والبيوت ونحوها معدة للانتفاع بها بالسكنى ومنافع العقار المعدة للسكنى متقاربة، لأن الناس لا يتفاوتون في السكنى فكانت معلومةً من غير تسمية.

وكذا المنفعة لا تتفاوت بكثرة السكان وقلتهم إلا تفاوتاً يسيراً وأنه ملحق بالعدم ووضع المتاع من توابع السكنى.

وذكر في «**الأصل**» أن له أن يربط في الدار دابته وبعيره وشاته، لأن ذلك من توابع السكنى، وقيل إن هذا الجواب على عادة أهل الكوفة، والجواب فيه يختلف باختلاف العادة، فإن كان في موضع جرت العادة بذلك فله ذلك وإلا فلا، وإنما لم يكن له أن يقعد فيه من يضر بالبناء ويوهنه من القصار والحداد والطحان لأن ذلك إتلاف العين وأنه لم يدخل تحت العقد إذ الإجارة بيع المنفعة لا بيع العين، ولأن مطلق العقد ينصرف إلى المعتاد.

والظاهر أن الحانوت الذي يكون في صف البزازين أنه لا يؤاجر لعمل الحداد والقصار والطحان فلا ينصرف مطلق العقد إليه إذ المطلق محمول على العادة فلا يدخل غيره في العقد إلا بالتسمية أو بالرضا حتى لو آجر حانوتاً في صف الحدادين من حداد يدخل عمل الحدادة فيه من غير تسمية للعادة وإنما كان له أن يؤاجر من غيره ويعير، لأنه ملك المنفعة فكان له أن يؤاجر من غيره بعوض وبغير عوض.

وأما في إجارة الأرض فلا بد فيها من بيان ما تستأجر له من الزراعة والغرس والبناء وغير ذلك، فإن لم يبين كانت الإجارة فاسدة إلا إذا جعل له أن ينتفع بها بما شاء.

وكذا إذا استأجرها للزراعة فلا بد من بيان ما يزرع فيها أو يجعل له أن يزرع فيها ما شاء وإلا فلا يجوز العقد، لأن منافع الأرض تختلف باختلاف البناء والغرس والزراعة.

وكذا المزروع يختلف منه ما يفسد الأرض ومنه ما يصلحها فكان المعقود عليه مجهولاً جهالالة مفضية إلى المنازعة فلا بد من البيان، بخلاف السكنى فإنها لا تختلف، وأما في إجارة الدواب فلا بد فيها من بيان أحد الشيئين المدة أو المكان فإن لم يبين أحدهما فسدت، لأن ترك البيان يفضي إلى المنازعة.

وعلى هذا يخرج ما إذا استأجر دابة يشيع عليها رجلاً أو يتلقاه أن الإجارة فاسدة إلا أن يسمي موضعاً معلوماً لما قلنا.

وكذا إذا استأجرها إلى الجبانة، لأن الجبانة تختلف أولها وأوسطها وآخرها لأنها موضع واسع تتباعد أطرافها وجوانبها، بخلاف ما إذا استأجر دابة إلى الكوفة أنه يصح العقد وإن كان أطرافها وجوانبها متباعدة، لأن المكان هناك معلوم بالعادة وهو منزله الذي بالكوفة، لأن الإنسان إذا استأجر إلى بلده فإنما يستأجر إلى بيته.

ألا ترى أنه ما جرت العادة بين المكاريين بطرح الحمولات على أول جزء من البلد فصار منزله بالكوفة مذكوراً دلالة، والمذكور دلالة كالمذكور نصاً ولا عادة في الجبانة على موضع بعينه حتى يحمل العقد عليه حتى لو كان في الجبانة موضع لا يركب إلا إليه يصح العقد وينصرف إليه كما يصح إلى الكوفة، ولو تكاراها بدرهم يذهب عليها إلى حاجة له لم يجز ما لم يبين المكان، لأن الحوائج تختلف: منها ما ينقضي بالركوب إلى موضع، ومنها ما لا ينقضي إلا بقطع مسافة بعيدة فكانت المنافع مجهولة فتفسد الإجارة.

وذكر في «**الأصل**» إذا تكارى دابة من الفرات إلى جعفي وجعفي قبيلتان بالكوفة ولم يسم إحداهما أو إلى الكناسة وفيها كناستان ولم يسم إحداهما أو إلى بجيلة وبها بجيلتان الظاهرة والباطنة ولم يسم إحداهما أن الإجارة فاسدة، لأن المكان مجهول ولا بد فيها من بيان ما يستأجر له في الحمل والركوب لأنهما منفعتان مختلفتان وبعد بيان ذلك لا بد من بيان ما يحمل عليها ومن يركبها، لأن الحمل يتفاوت بتفاوت المحمول والناس يتفاوتون في الركوب فترك البيان يفضي إلى المنازعة.

وذكر في «**الأصل**»إذا استأجر بعيرين من الكوفة إلى مكة فحمل على أحدهما محملاً فيه رجلان وما يصلح لهما من الوطاء والدثر، وقد رأى الرجلين ولم ير الوطاء والدثر وأحدهما زاملة يحمل عليها كذا كذا محتوما من السويق والدقيق وما يصلحهما من الزيت والخل والمعاليق ولم يبين ذلك واشترط عليه ما يكتفي به من الماء ولم يبين ذلك فهذا كله فاسد بالقياس ولكن قال أبو حنيفة أستحسن ذلك.

وجه القياس: أنه شرط عملاً مجهولاً، لأنه قدر الكسوة والدثار يختلف باختلاف الناس فصارت المنافع مجهولة.

وجه الاستحسان: أن الناس يفعلون ذلك من لدن رسول الله ﷺ إلى يومنا هذا فكان ذلك إسقاطاً منهم اعتبار هذه الجهالة فلا يفضي إلى المنازعة وإن اشترط المستأجر أن يحمل عليه من هدايا مكة من صالح ما

بعرف الناس فهو جائز، لأن قدر الهدايا يعلم بالعادة. وهذا مما يفعله الناس في سائر الأعصار من غير نكير وبين وزن الهدايا، ووصف ذلك والهدايا أحب إلينا لأنه يجوز قياساً واستحساناً وذلك يكون أبعد من المنازعة لذلك قال أحب إلينا ولكل محمل قربتين من ماء وإداوتين من أعظم ما يكون، لأن هذا كله يصير معلوماً بالعادة وذكره أفضل.

وكذا الخيمة والقبة وذكره أفضل لما قلنا، وفي استئجار العبد للخدمة والثوب للبس والقدر للطبخ لا بد من بيان المدة لما قلنا.

والقياس: أن يشترط بيان نوع الخدمة في استئجار العبد للخدمة، لأن الخدمة تختلف فكانت مجهولة.

وفي الاستحسان: لا يشترط وينصرف إلى المتعارف وليس له أن يسافر به فلا بد من بيان ما يلبس وما يطبخ في القدر، لأن اللبس يختلف باختلاف اللابس والقدر يختلف باختلاف المطبوخ فلا بد من البيان ليصير المعقود عليه معلوماً فإن اختصما حين وقعت الإجارة في هذه الأشياء قبل أن يزرع أو يبني أو يغرس أو قبل أن يحمل على الدابة أو يركبها أو قبل أن يلبس الثوب أو يطبخ في القدر، فإن القاضي يفسخ الإجارة لأن العقد وقع فاسداً ورفع الفساد واجب حقاً للشرع، فإن زرع الأرض وحمل الدابة ولبس الثوب وطبخ في القدر فمضت المدة فله ما سمي استحساناً.

والقياس: أن يكون له أجر المثل، لأنه استوفى المنفعة بعقد فاسد واستيفاء المنفعة بعقد فاسد يوجب أجر المثل لا المسمى.

وجه الاستحسان: بأن المفسد جهالة المعقود عليه والمعقود عليه قد تعين بالزراعة والحمل واللبس والطبخ فزالت الجهالة فقد استوفى المعقود عليه في عقد صحيح فيجب كمال المسمى كما لو كان متعيناً في الابتداء.

ولو فسخ القاضي الإجارة ثم زرع أو حمل أو لبس أو غير ذلك لا يجب شيء، لأن القاضي لما نقض العقد فقد بطل العقد فصار مستعملاً مال الغير من غير عقد فصار غاصباً؛ والمنافع على أصلنا لا تتقوم إلا بالعقد الصحيح أو الفاسد ولم يوجد.

ومنها: بيان العمل في استئجار الصناع والعمال لأن جهالة العمل في الاستئجار على الأعمال جهالة مفضية إلى المنازعة فيفسد العقد حتى لو استأجر عاملاً ولم يسم له العمل من القصارة والخياطة والرعي ونحو ذلك لم يجز العقد؛ وكذا بيان المعمول فيه في الأجير المشترك، أما بالإشارة والتعيين أو ببيان الجنس والنوع والقدر والصفة في ثوب القصارة والخياطة وبيان الجنس والقدر في إجارة الراعي من الخيل أو الإبل أو البقر أو الغنم وعددها، لأن العمل يختلف باختلاف المعمول.

وعلى هذا يخرج ما إذا استأجر حفاراً ليحفر له بئراً أنه لا بد من بيان مكان الحفر وعمق البئر وعرضها، لأن عمل الحفر يختلف باختلاف عمق المحفور وعرضه ومكان الحفر من الصلابة والرخاوة فيحتاج إلى البيان ليصير المعقود عليه معلوماً، وهل يشترط فيه بيان المدة، أما في استئجار الراعي المشترك فيشترط؛ لأن قدر المعقود عليه لا يصير معلوماً بدونه.

وأما في استئجار القصار المشترك والخياط المشترك فلا يشترط حتى لو دفع إلى خياط أو قصار أثواباً معلومة ليخيطها أو ليقصرها جاز من غير بيان المدة لأن المعقود عليه بصير معلوماً بدونه.

وأما في الأجير الخاص فلا يشترط بيان جنس المعمول فيه ونوعه وقدره وصفته وإنما يشترط بيان المدة فقط وبيان المدة في استئجار الظئر شرط جرازه بمنزلة استئجار العبد للخدمة، لأن المعقود عليه هو الخدمة فما جاز فيه جاز في الظئر وما لم يجز فيه لم يجز فيها إلا أن أبا حنيفة استحسن في الظئر أن تستأجر بطعامها وكسوتها لما نذكره في موضعه إن شاء الله تعالى.

ولو استأجر إنساناً ليبيع له ويشتري ولم يبين المدة لم يجز لجهالة قدر منفعة البيع والشراء، ولو بين المدة بأن استأجره شهراً ليبيع له ويشتري جاز، لأن قدر المنفعة صار معلوماً ببيان المدة.

وما روي عن بعض الصحابة رضوان الله عليهم قال: كنا نبيع في أسواق المدينة ونسمّي أنفسَنَا السماسِرَةَ فخرجَ علينا رسولُ الله ﷺ وسمّانا بأحسن الأسماء، فقال ﷺ: «**يَا معشَرَ التُّجار إنّ بَيْعَكُم هَذا يحضُرُه اللّغْوُ والكذبُ فشوبوه بالصدَّقَة**»[1] والسمسار هو الذي يبيع أو يشتري لغيره بالأجرة فهو محمول على ما إذا كانت المدة معلومة.

وكذا إذا قال: بع لي هذا الثوب ولك درهم وبين المدة وإن لم يبين فباع واشترى فله أجر مثل عمله، لأنه استوفى منفعته بعقد فاسد.

قال الفضل بن غانم[2]: سمعت أبا يوسف قال: لا بأس أن يستأجر القاضي رجلاً مشاهرة على أن يضرب الحدود بين يديه، وإن كان غير مشاهرة فالإجارة فاسدة، لأنها إذا كانت مشاهرة كان المعقود عليه معلوماً ببيان المدة ويستحق الأجرة فيها بتسليم النفس عمل أو لم يعمل، وإذا لم يذكر الوقت بقي المعقود عليه مجهولاً، لأن قدر الحدود التي سماها غير معلوم، وكذا محل الإقامة مجهول.

وذكر محمد في «السير الكبير» إذا استأجر الإمام رجلاً ليقتل المرتدين والأسارى لم يجز عند أصحابنا، وإن استأجره لقطع اليد جاز، ولا فرق بينهما عندي، والإجارة جائزة فيهما هكذا ذكر محمد، وأراد بقوله أصحابنا أبا يوسف وأبا حنيفة.

وعلى هذا الخلاف إذا استأجر رجل رجلاً لاستيفاء القصاص في النفس.

وجه قوله أنه استأجره لعمل معلوم وهو القتل ومحله معلوم وهو العنق إذ لا يباح له العدول عنه فيجوز كما لو استأجره لقطع اليد وذبح الشاة، ولهما أن محله من العنق ليس بمعلوم بخلاف القطع، فإن محله من اليد معلوم وهو المفصل، وكذا محل الذبح الحلقوم والودجان وذلك معلوم.

وقال ابن رستم عن محمد في رجل قال لرجل: اقتل هذا الذئب أو هذا الأسد ولك درهم وهما صيد

---

(١) أخرجه البيهقي في «السنن الكبرى» رقم (٥/ ٢٦٦، ٦/ ٣٢).

(٢) الفضل بن غانم الخزاعي قال يحيى: ليس بشيء وقال الدارقطني: ليس بالقوي.
وقال الخطيب: ضعيف انظر «الميزان» ٣/ ٣٥٧ ترجمة (٦٧٤١).

لبسا للمستأجر فقتله فإن له أجر مثله لا أجاوز به درهماً لأن الأسد والذئب إذا لم يكونا في يده فيحتاج في قتلهما إلى المعالجة فكان العمل مجهولاً وإنما وجب عليه أجر المثل، لأنه استوفى المنفعة بعقد فاسد ويكون الصيد للمستأجر، لأن قتل الصيد سبب لتملكه وعمل الأجير يقع للمستأجر فصار كأنه قتله بنفسه.

وعلى هذا يخرج ما إذا قال لرجل استأجرتك لتخيط هذا الثوب اليوم أو لتقصر هذا الثوب اليوم أو لتخبز قفيز دقيق اليوم، أو قال: استأجرتك هذا اليوم لتخيط هذا الثوب أو لتقصر أو لتخبز قدم اليوم أو أخره أن الإجارة فاسدة في قول أبـي حنيفة، وعند أبـي يوسف ومحمد: جائزة.

وعلى هذا الخلافُ إذا استأجر الدابة إلى الكوفة أياماً مسماة فالإجارة فاسدة عنده، وعندهما: جائزة.

وجه قولهما: أن المعقود عليه هو العمل، لأنه هو المقصود والعمل معلوم، فأما ذكر المدة فهو التعجيل فلم تكن المدة معقوداً عليها فذكرها لا يمنع جواز العقد وإذا وقعت الإجارة على العمل، فإن فرغ منه قبل تمام المدة أي اليوم فله كمال الأجر، وإن لم يفرغ منه في اليوم فعليه أن يعمله في الغد كما إذا دفع إلى خياط ثوباً ليقطعه ويخيطه قميصاً على أن يفرغ منه في يومه هذا أو اكترى من رجل إبلاً إلى مكة على أن يدخله إلى عشرين ليلة كل بعير بعشرة دنانير مثلاً ولم يزد على هذا أن الإجارة جائزة ثم إن وفى بالشرط أخذ المسمى، وإن لم يف به فله أجر مثله لا يزاد على ما شرطه.

ولأبـي حنيفة: أن المعقود عليه مجهول، لأنه ذكر أمرين كل واحد منهما يجوز أن يكون معقوداً عليه أعني العمل والمدة، أما العمل فظاهر، وكذا ذكر المدة بدليل أنه لو استأجره يوماً للخبازة من غير بيان قدر ما يخبز جاز، وكان الجواب باعتبار أنه جعل المعقود عليه المنفعة والمنفعة مقدرة بالوقت ولا يمكن الجمع بينهما في كون كل واحد منهما معقوداً عليه، لأن حكمهما مختلف، لأن العقد على المدة يقتضي وجوب الأجر من غير عمل، لأنه يكون أجيراً خالصاً والعقد على العمل يقتضي وجوب الأجر بالعمل لأنه يصير أجيراً مشتركاً فكان المعقود عليه أحدهما وليس أحدهما بأولى من الآخر فكان مجهولاً وجهالة المعقود عليه توجب فساد العقد بخلاف تلك المسألة، لأن قولـه على أن يفرغ منه في يومي هذا ليس جعل الوقت معقوداً عليه بل هو بيان صفة العمل بدليل أنه لو لم يعمل في اليوم وعمل في الغد يستحق أجر المثل.

ولو قال: أجرتك هذه الدار شهراً بخمسة دراهم، أو هذه الأخرى شهراً بعشرة دراهم أو كان هذا القول في حانوتين أو عبدين أو مسافتين مختلفتين بأن قال أجرتك هذه الدابة إلى «وَاسِطْ»[1] بكذا أو إلى «مكة» بكذا فذلك جائز عند أصحابنا الثلاثة استحساناً، وعند زفر والشافعي[2]: لا يجوز قياساً.

وعلى هذا إذا خيره بين ثلاثة أشياء وإن ذكر أربعة لم يجز، وعلى هذا أنواع: الخياطة والصبغ أنه إن ذكر ثلاثة جاز عندنا، ولا يجوز ما زاد عليها كما في بيع العين.

وجه القياس: أنه أضاف العقد إلى أحد المذكورين وهو مجهول فلا يصح، ولهذا لم يصح إذا أضيف إلى أحد الأشياء الأربعة.

---

(١) تقدم الكلام عنها.

(٢) انظر «المجموع»: (١٥/٢٥٩).

ولنا: أنه خيره بين عقدين معلومين في محلين متقومين ببدلين معلومين كما لو قال: إن رددت الآبق من موضع كذا فلك كذا، وإن رددته من موضع كذا فلك كذا، وكما لو قال: إن خيطت هذا الثوب فبدرهم، وإن خيطت هذا الآخر فبدرهم وعملهما سواء، وكما لو قال إن سرت على هذه الدابة إلى موضع كذا فبدرهم وإن سرت إلى موضع كذا فبدرهم والمسافة سواء.

وأما قولهما: أن العقد أضيف إلى أحد المذكورين من غير عين فنعم لكن فوض خيار التعيين إلى المستأجر، ومثل هذه الجهالة لا تفضي إلى المنازعة كجهالة قفيز من الصبرة، ولهذا جاز البيع فالإجارة أولى لأنها أوسع من البيع.

ألا ترى أنها تقبل من الخطر ما لا يقبله البيع، ولهذا جوزوا هذه الإجارة من غير شرط الخيار ولم يجوزوا البيع إلا بشرط الخيار، وكذلك إذا دفع إلى خياط ثوباً فقال له: إن خطته فارسياً فلك درهم، وإن خطته رومياً فلك درهمان أو قال لصباغ إن صبغت هذا الثوب بعصفر فلك درهم، وإن صبغته بزعفران فلك درهمان فذلك جائز لأنه خيره بين إيفاء منفعتين معلومتين فلا جهالة ولأن الأجر على أصل أصحابنا لا يجب إلا بالعمل وحين يأخذ في أحد العملين تعين ذلك الأجر، وهذا عند أصحابنا الثلاثة، فأما عند زفر الإجارة فاسدة، لأن المعقود عليه مجهول، والجواب ما ذكرناه.

ولو قال: أجرتك هذه الدار شهراً على أنك إن قعدت فيها حداداً فأجرها عشرة وإن بعت فيها الخز فخمسة فالإجارة جائزة في قول أبي حنيفة الأخير، وقال أبو يوسف ومحمد: الإجارة فاسدة.

وجه قولهما: أن الأجر لا يجب بالسكنى وإنما يجب بالتسليم وهو التخلية وحالة التخلية لا يدري ما يسكن فكان البدل عنده مجهولاً بخلاف الرومي والفارسي لأن البدل هناك يجب بابتداء العمل ولا بد وأن يبتدىء بأحد العملين وعند ذلك يتعين البدل ويصير معلوماً عند وجوده.

ولأبي حنيفة: أنه خير بين منفعتين معلومتين فيجوز كما في خياطة الرومية والفارسية، وهذا لأن السكنى وعمل الحدادة مختلفتان والعقد على واحد منهما صحيح على الانفراد فكذا على الجمع.

وقولهما: بأن الأجر ههنا يجب بالتسليم من غير عمل مسلم لكن العمل يوجد ظاهراً وغالباً، لأن الانتفاع عند التمكين من الانتفاع هو الغالب فلا يجب الاحتراز عنه على أن بالتخلية وهو التمكن من الانتفاع يجب أقل الأجرين، لأن الزيادة تجب بزيادة الضرر ولم توجد زيادة الضرر وأقل الأجرين معلوم فلا يؤدي إلى الجهالة، وهذا جواب إمام الهدى الشيخ أبي منصور الماتريدي، وعلى هذا الخلاف كل ما كان أجره يجب بالتسليم ولا يعلم الواجب به وقت التسليم فهو باطل عندهما.

وعند أبي حنيفة: العقد جائز وأي التعيين استوفى وجب أجر ذلك كما سمى وإن أمسك الدار ولم يسكن فيها حتى مضت المدة فعليه أقل المسميين لما ذكرنا أن الزيادة إنما تجب باستيفاء منفعة زائدة ولم يوجد ذلك فلا يجب بالتسليم وهو التخلية إلا أقل الأجرين.

وعلى هذا الخلاف إذا استأجر دابة إلى الحيرة على أنه إن حمل عليها شعيراً فبنصف درهم، وإن حمل

عليها حنطة فبدرهم فهو جائز على قول أبـي حنيفة الآخر وعلى قولهما لا يجوز، وكذلك إن استأجر دابة إلى الحيرة بدرهم وإلى القادسية بدرهمين فهو جائز عنده.

وعلى قولهما: ينبغي أن لا يجوز لما ذكرنـا.

ولو استأجر دابة من بغداد إلى القصر بخمسة وإلى الكوفة بعشرة، قال محمد: لو كانت المسافة إلى القصر النصف من الطريق إلى الكوفة فالإجارة جائزة، وإن كانت أقل أو أكثر فهي فاسدة على أصلهما، لأن المسافة إذا كانت النصف فحال ما يسير يصير البدل معلوماً، لأنه إن سار إلى القصر أو إلى الكوفة فالأجرة إلى القصر خمسة، فأما إذا كانت المسافة إلى القصر أقل من النصف أو أكثر فالأجرة حال ما يسير مجهولة، لأنه إن سار إلى القصر فالأجرة خمسة، وإن سار إلى الكوفة فالأجرة إلى القصر بحصته من المسافة وجهالة الأجرة عند وجود سبب وجوبها تفسد العقد عندهما، فأما على قول أبـي حنيفة فالعقد جائز لأنه سمى منفعتين معلومتين، لأنه كل واحدة منهما بدل معلوم.

ولو أعطى خياطاً ثوباً فقال: إن خطته اليوم فلك درهم، وإن خطته غداً فلك نصف درهم، قال أبو حنيفة: الشرط الأول صحيح، والثاني فاسد حتى لو خاطه اليوم فله درهم، وإن خاطه غداً فله أجر مثله على ما نذكر تفسيره.

وقال أبو يوسف ومحمد: الشرطان جائزان.

وقال زفر: الشرطان باطلان، وبه أخذ الشافعي، فنتكلم مع زفر والشافعي في اليوم الأول، لأنهما خالفا أصحابنا الثلاثة فيه.

والوجه لهما أن المعقود عليه مجهول.

ولنا: أنه سمى في اليوم الأول عملاً معلوماً وبدلاً معلوماً وفساد الشرط الثاني لا يؤثر في الشرط الأول كمن عقد إجارة صحيحة وإجارة فاسدة.

وأما اليوم الثاني فوجه قول أبـي يوسف ومحمد على نحو ما ذكرنا في اليوم الأولى أنه سمى في اليوم الثاني عملاً معلوماً وبدلاً معلوماً كما في الأول فلا معنى لفساد العقد فيه كما لا يفسد في اليوم الأول.

ولأبـي حنيفة: أنه اجتمع في اليوم الثاني بدلان متفاوتان في القدر، لأن البدل المذكور في اليوم الأول جعل مشروطاً في اليوم الثاني بدليل أنه لو لم يذكر لليوم الثاني بدلاً آخر وعمل في اليوم الثاني يستحق المسمى في الأول فلو لم يجعل المذكور من البدل في اليوم الأول مشروطاً في الثاني لما استحق المسمى، وإذا اجتمع بدلان في اليوم الثاني صار كأنه قال في اليوم الثاني فلك درهم أو نصف درهم فكان الأجر مجهولاً فوجب فساد العقد، فإذا خاطه في اليوم الثاني فله أجر مثله لا يزاد على درهم ولا ينقص من نصف درهم هكذا ذكر في «**الأصل**»، وفي «**الجامع الصغير**».

وذكر محمد في «**الإملاء**»: وهو إحدى روايتي ابن سماعة في «**نوادره**» عن أبـي يوسف وإحدى روايتي

ابن سماعة في «نوادره» عن محمد، وروى ابن سماعة في نوادره عن أبـي يوسف عن أبـي حنيفة في رواية أخرى أن له في اليوم الثاني أجر مثله لا يزاد على نصف درهم.

وذكر القدوري: أن هذه الرواية هي الصحيحة.

ووجهها: أن الواجب في الإجارة الفاسدة أجر المثل لا يزاد على المسمى، والمسمى في اليوم الثاني نصف درهم لا درهم إنما الدرهم مسمى في اليوم الأول وذلك عقد آخر فلا يعتبر فيه.

وجه رواية «الأصل»: أنه اجتمع في الغد تسميتان، لأن التسمية الأولى عند مجيء الغد قائمة لما ذكرنا فيعمل بها فتعتبر الأولى لمنع الزيادة، والثانية لمنع النقصان، فإن خاط نصفه في اليوم الأول ونصفه في الغد فله نصف المسمى لأجل خياطته في اليوم الأول وأجر المثل لأجل خياطته في الغد لا يزاد على درهم ولا ينقص عن نصف درهم، فإن خاطه في اليوم الثالث فقد روى ابن سماعة عن محمد عن أبـي حنيفة أن له أجر مثله لا يجاوز به نصف درهم، لأن صاحب الثوب لم يرض بتأخيره إلى الغد بأكثر من النصف فبتأخيره إلى اليوم الثالث أولى.

فإن قال: إن خطته اليوم فلك درهم، وإن خطته غداً فلا أجر لك ذكر محمد في إملائه أنه إن خاطه في اليوم الأول فله درهم، وإن خاطه في اليوم الثاني فله أجر مثله لا يزاد على درهم، لأن إسقاطه في اليوم الثاني لا ينفي وجوبه في اليوم الأول ونفي التسمية في اليوم الثاني لا ينفي أصل العقد فكان في اليوم الثاني عقد لا تسمية فيه ويجب أجر المثل.

ولو قال: إن خطته أنت فأجرك درهم وإن خاطه تلميذك فأجرك نصف درهم فهذا والخياطة الرومية والفارسية سواء، ولو استأجر داراً شهراً بعشرة دراهم على أنه إن سكنها يوماً ثم خرج فعليه عشرة دراهم فهو فاسد، لأن المعقود عليه مجهول وهو سكنى شهر أو يوم والله عز وجل أعلم.

ومنها: أن يكون مقدور الاستيفاء حقيقة وشرعاً، لأن العقد لا يقع وسيلة إلى المعقود بدونه فلا يجوز استئجار الآبق، لأنه لا يقدر على استيفاء منفعته حقيقة لكونه معجوز التسليم حقيقة، ولهذا لم يجز بيعه ولا تجوز إجارة المغصوب من غير الغاصب كما لا يجوز بيعه من غيره لما قلنا.

وعلى هذا يخرج إجارة المشاع من غير الشريك أنها غير جائزة عند أبـي حنيفة وزفر، وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي[1]: إنها جائزة.

وجه قولهم: أن الإجارة أحد نوعي البيع فيعتبر بالنوع الآخر وهو بيع العين وأنه جائز في المشاع كذا هذا، فلو امتنع إنما يمتنع لتعذر استيفاء منفعة بسبب الشياع والمشاع مقدور الانتفاع بالمهايأة، ولهذا جاز بيعه، وكذا يجوز من الشريك أو من الشركاء في صفقة واحدة فكذا من الأجنبـي.

والدليل عليه أن الشيوع الطارىء لا يفسد الإجارة فكذا المقارن، لأن الطارىء في باب الإجارة مقارن، لأن المعقود عليه المنفعة وأنها تحدث شيئاً فشيئاً فكان كل جزء يحدث معقوداً عليه مبتدأ.

---

(١) انظر «المجموع» (١٥/ ٢٦١).

ولأبي حنيفة: أن منفعة المشاع غير مقدور الاستيفاء، لأن استيفاءها بتسليم المشاع والمشاع غير مقدور بنفسه، لأنه اسم لسهم غير معين وغير المعين لا يتصور تسليمه بنفسه حقيقة وإنما يتصور تسليمه بتسليم الباقي وذلك غير معقود عليه فلا يتصور تسليمه شرعاً.

وأما قولهما: إنه يمكن استيفاء منفعة المشاع بالتهايؤ فنقول: لا يمكن على الوجه الذي يقتضيه العقد وهو الانتفاع بالنصف في كل المدة، لأن التهايؤ بالزمن انتفاع بالكل في نصف المدة وذا ليس بمقتضى العقد والتهايؤ بالمكان انتفاع برفع المستأجر في كل المدة، لأن نصف هذا النصف له بالملك ونصفه على طريق البدل عما في يد صاحبه وأنه ليس بمقتضى العقد أيضاً فإذاً لا يمكن تسليم المعقود عليه على الوجه الذي يقتضيه العقد أصلاً ورأساً فلا يكون المعقود عليه مقدور الاستيفاء حقيقة وشرعاً، ولأن تجويز هذا العقد بالمهايأة يؤدي إلى الدور لأنه لا مهايأة إلا بعد ثبوت الملك ولا ملك إلا بعد وجود العقد ولا عقد إلا بعد وجود شرطه وهو القدرة على التسليم فيتعلق كل واحد بصاحبه فلا يتصور وجوده بخلاف البيع، لأن كون المبيع مقدور الانتفاع ليس بشرط لجواز البيع، فإن بيع المهر والجحش والأرض السبخة جائز، وإن لم يكن منتفعاً بها، ولهذا يدخل الشرب والطريق في الإجارة من غير تسمية ولا يدخلان في البيع إلا بالتسمية، لأن كون المستأجر منتفعاً به بنفسه شرط صحة الإجارة ولا يمكن الانتفاع بدون الشرب والطريق بخلاف البيع.

وأما الإجارة من الشريك فعن أبي حنيفة فيه روايتان؛ ولئن سلمنا على الرواية المشهورة فلأن المعقود عليه هناك مقدور الاستيفاء بدون المهايأة لأن منفعة كل الدار تحدث على ملك المستأجر لكن بسببين مختلفين: بعضها بسبب الملك، وبعضها بسبب الإجارة.

وكذا الشيوع الطارىء فيه روايتان عن أبي حنيفة، وفي رواية تفسد الإجارة كالمقارن، وفي رواية: لا تفسد وهي الرواية المشهورة عنه، ووجهها أن عدم الشيوع عنده شرط جواز هذا العقد وليس كل ما يشترط لابتداء العقد يشترط لبقائه كالخلو عن العدة، فإن العدة تمنع ابتداء العقد، ولاتمنع البقاء كذا هذا، وسواء كانت الدار كلها لرجل فأجر نصفها من رجل أو كانت بين اثنين فأجر أحدهما نصيبه من رجل، كذا ذكر الكرخي في «جامعه» نصاً عن أبي حنيفة أن الإجارة لا تجوز في الوجهين جميعاً.

ذكر أبو طاهر الدباس: أن إجارة المشاع إنما لا تجوز عند أبي حنيفة إذا أجر الرجل بعض ملكه، فأما إذا أجر أحد الشريكين نصيبه فالعقد جائز بلا خلاف، لأن في الصورة الأولى تقع المهايأة بين المستأجر وبين المؤاجر فتكون الدار في يد المستأجر مدة، وفي يد المؤاجر مدة ولا يجوز أن يستحق المؤاجر الأجر مع كون الدار في يده، والمهايأة في الصورة الثانية إنما تقع بين المستأجر وبين غير المؤاجر، وهذا لا يمنع استحقاق الأجر لجواز أن تكون الدار في يد غير المستأجر وأجرتها عليه كما لو أعارها ثم أجرها.

والصحيح ما ذكره الكرخي: لأن ما ذكرنا من المانع يعم الوجهين جميعاً وسواء كان المستأجر محتملاً للقسمة أو لا، لأن المانع من الجواز لا يوجب الفصل بينهما بخلاف الهبة، فإن المانع ثمة خص المحتمل للقسمة وهو ما ذكرنا في كتاب الهبة.

ولو آجر مشاعاً يحتمل القسمة فقسم وسلم جاز، لأن المانع قد زال كما لو باع الجذع في السقف ثم

نزع وسلم وكما لو وهب مشاعاً يحتمل القسمة ثم قسم وسلم، فإن اختصما قبل القسمة فأبطل الحاكم الإجارة ثم قسم وسلم بعد ذلك لم يجز العقد، لأن العقد انفسخ من الأصل بإبطال الحاكم فلا يحتمل الجواز إلا بالاستئناف، ويجوز إجارة الاثنين من واحد، لأن المنافع تدخل في يد المستأجر جملة واحدة من غير شيوع ويستوفيها من غير مهايأة.

ولو مات أحد المؤاجرين حتى انقضت الإجارة في حصته لا تنقضي في حصة الحي وإن صارت مشاعة وهو المسمى بالشيوع الطارىء لما ذكرنا، وكذا يجوز رهن الاثنين من واحد وهبة الاثنين من واحد لعدم الشيوع عند القبض، وكذا تجوز إجارة الواحد من الاثنين، لأن المنافع تخرج من ملك الآجر جملة واحدة من غير شياع ثم ثبت الشياع لضرورة تفرق ملكيهما في المنفعة وأنه يوجب قسمة المنفعة بالتهايؤ فينعدم الشيوع.

ولو مات أحد المستأجرين حتى انقضت الإجارة في حصته بقيت في حصة الحي كما كانت، ويجوز رهن الواحد من اثنين أيضاً، لأن الرهن شرع وثيقة بالدين فجميع الرهن يكون وثيقة لكل واحد من المرتهنين، ألا ترى أنه لو قضى الراهن دين أحدهما لم يكن له أن يأخذ بعض الرهن.

وأما هبة الواحد من اثنين فإنما لا تجوز عند أبي حنيفة، لأن الملك في باب الهبة يقع بالقبض، والشيوع ثابت عند القبض وأنه يمنع من القبض فيمنع من وقوع الملك على ما نذكر في كتاب الهبة.

وإن استأجر أرضاً فيها زرع للآجر أو شجر أو قصب أو كرم أو ما يمنع من الزراعة لم تجز، لأنها مشغولة بمال المؤاجر فلا يتحقق تسليمه فلا يكون المعقود عليه مقدور الاستيفاء شرعاً فلم تجز كما لو اشترى جذعاً في سقف، وكذا لو استأجر أرضاً فيها رطبة فالإجارة فاسدة، لأنه لا يمكن تسليمها إلا بضرر وهو قلع الرطبة فلا يجبر على الإضرار بنفسه فلم تكن المنفعة مقدورة الاستيفاء شرعاً فلم تجز كما لو اشترى جذعاً في سقف، فإن قلع رب الأرض الرطبة، فقال للمستأجر اقبض الأرض فقبضها فهو جائز، لأن المانع قد زال فصار كشراء الجذع في السقف إذا نزعه البائع وسلمه إلى المشتري، فإن اختصما قبل ذلك فأبطل الحاكم الإجارة ثم قلع الرطبة بعد ذلك لم يصح العقد، لأن العقد قد بطل بإبطال الحاكم فلا يحتمل العود، فإن مضى من مدة الإجارة يوم أو يومان قبل أن يختصما ثم قلع الرطبة فالمستأجر بالخيار إن شاء قبضها على تلك الإجارة وطرح عنه ما لم يقبض، وإن شاء لم يقبض فرقا بين هذا وبين الدار إذا سلمها المؤاجر في بعض المدة أن المستأجر لا يكون له خيار الترك.

وجه الفرق: أن المقصود من إجارة الأرض الزراعة والزراعة لا تمكن في جميع الأوقات بل في بعض الأوقات دون بعض وتختلف بالتقديم والتأخير فالمدة المذكورة فيها يقف بعضها على بعض ويكون الكل كمدة واحدة فإذا مضى بعضها فقد تغير عليه صفة العقد لاختلاف المعقود فكان له الخيار بخلاف إجارة الدار، لأن المقصود منها السكنى وسكنى كل يوم لا تعلق له بيوم آخر فلا يقف بعض المدة فيها على بعض فلا يوجب خللاً في المقصود من الباقي فلا يثبت الخيار ولو اشترى أطراف رطبة ثم استأجر الأرض لتبقية ذلك لم تجز الإجارة، لأن أصل الرطبة ملك المؤاجر فكانت الأرض مشغولة بملك المؤاجر واستئجار بقعة

مشغولة بمال المؤاجر لم تصح، لأن كونها مشغولة بملكه يمنع التسليم فيمنع استيفاء المعقود عليه كاستئجار أرض فيها زرع المؤاجر.

ولو اشترى الرطبة بأصلها ليقلعها ثم استأجر الأرض مدة معلومة لتبقيتها جاز، لأن الأرض ههنا مشغولة بمال المستأجر وذا لا يمنع الإجارة كما لو استأجر ما هو في يده.

وكذلك إذا اشترى شجرة فيها ثمر بثمرها على أن يقلعها ثم استأجر الأرض فبقاها فيها جاز لما قلناه.

قال محمد: وإن استعار الأرض في ذلك كله فهو جائز لأن المالك بالإعارة أباح الانتفاع بملكه فيجوز.

وعلى هذا يخرج ما ذكرنا أيضاً من استئجار الفحل للإنزال واستئجار الكلب المعلم والبازي المعلم للاصطياد أنه لا يجوز، لأن المنفعة المطلوبة منه غير مقدورة الاستيفاء إذ لا يمكن إجبار الفحل على الضراب والإنزال ولا إجبار الكلب والبازي على الصيد فلم تكن المنفعة التي هي معقود عليها مقدورة الاستيفاء في حق المستأجر فلم تجز.

وعلى هذا يخرج استئجار الإنسان للبيع والشراء أنه لا يجوز، لأن البيع والشراء لا يتم بواحد بل بالبائع والمشتري فلا يقدر الأجير على إيفاء المنفعة بنفسه فلا يقدر المستأجر على الاستيفاء فصار كما لو استأجر رجلاً ليحمل خشبة بنفسه وهو لا يقدر على حملها بنفسه ولو ضرب لذلك مدة بأن استأجره شهراً ليبيع له ويشتري جاز لما مر.

وعلى هذا يخرج الاستئجار على تعليم القرآن والصنائع أنه لا يجوز، لأن الأجير لا يقدر على إيفاء العمل بنفسه فلا يقدر المستأجر على الاستيفاء، وإن شئت أفردت لجنس هذه المسائل شرطاً فقلت: ومنها أن يكون العمل المستأجر له مقدور الاستيفاء من العامل بنفسه ولا يحتاج فيه إلى غيره وخرجت المسائل عليه والأول أقرب إلى الصناعة فافهم.

وعلى هذا يخرج الاستئجار على المعاصي أنه لا يصح، لأنه استئجار على منفعة غير مقدورة الاستيفاء شرعاً كاستئجار الإنسان للعب واللهو وكاستئجار المغنية والنائحة للغناء والنوح بخلاف الاستئجار لكتابة الغناء والنوح أنه جائز لأن الممنوع عنه نفس الغناء والنوح لا كتابتهما، وكذا لو استأجر رجلاً ليقتل له رجلاً أو ليسجنه أو ليضربه ظلماً، وكذا كل إجارة وقعت لمظلمة لأنه استئجار لفعل المعصية فلا يكون المعقود عليه مقدور الاستيفاء شرعاً، فإن كان ذلك بحق بأن استأجر إنساناً لقطع عضو جاز، لأنه مقدور الاستيفاء، لأن محله معلوم فيمكنه أن يضع السكين عليه فيقطعه.

وإن استأجره لقصاص في النفس لم يجز عند أبي حنيفة وأبي يوسف وتجوز عند محمد هو يقول استيفاء القصاص بطريق مشروع هو حز الرقبة والرقبة معلومة فكان المعقود عليه مقدور الاستيفاء، فأشبه الاستئجار لذبح الشاة وقطع اليد وهما يقولان إن القتل بضرب العنق يقع على سبيل التجافي عن المضروب فلربما يصيب العنق وربما يعدل عنه إلى غيره فإن أصاب كان مشروعاً وإن عدل كان محظوراً لأنه يكون مثلة وإنها غير مشروعة بخلاف الاستئجار على تشقيق الحطب، لأنه وإن كان ذلك يقع على سبيل التجافي فكله

مباح وههنا بخلافه، فلم يكن هذا النوع من المنفعة مقدور الاستيفاء وليس كذلك القطع والذبح، لأن القطع يقع بوضع السكين على موضع معلوم من اليد وهو المفصل وإمراره عليه وكذلك الذبح فهو الفرق.

ولو استأجر ذمي من مسلم بيعة ليصلي فيها لم يجز لأنه استئجار لفعل المعصية وكذا لو استأجر ذمي من ذمي لما قلنا، ولو استأجر الذمي داراً من مسلم وأراد أن يصلي فيها من غير جماعة أو يتخذها مصلى للعامة فقد ذكرنا حكمه فيما تقدم ولو استأجر ذمي مسلماً ليخدمه، ذكر في «**الأصل**» أنه يجوز وأكره للمسلم خدمة الذمي، أما الكراهة فلأن الاستخدام استذلال فكان إجارة المسلم نفسه منه إذلالاً لنفسه، وليس للمسلم أن يذل نفسه خصوصاً بخدمة الكافر.

وأما الجواز فلأنه عقد معاوضة فيجوز كالبيع، وقال أبو حنيفة: أكره أن يستأجر الرجل امرأة حرة يستخدمها ويخلو بها، وكذلك الأمة وهو قول أبي يوسف ومحمد، أما الخلوة فلأن الخلوة بالمرأة الأجنبية معصية، وأما الاستخدام فلأنه لا يؤمن معه الاطلاع عليها والوقوع في المعصية.

ويجوز الاستئجار لنقل الميتات والجيف والنجاسات لأن فيه رفع أذيتها عن الناس فلو لم تجز لتضرر بها الناس.

وقال ابن رستم عن محمد أنه قال: لا بأس بأجرة الكناس أرأيت لو استأجره ليخرج له حماراً ميتاً أما يجوز ذلك، ويجوز الاستئجار على نقل الميت الكافر إلى المقبرة، لأنه جيفة فيدفع أذيتها عن الناس كسائر الأنجاس.

تم بحمد الله وحسن توفيقه الجزء الخامس من مطبوعة القاهرة
ويليه الجزء السادس وأوله بقية كتاب الإجارة ولله الحمد والمنة
وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين

بِسْمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحْمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ

وصلى الله على سيدنا محمد وعلى اله وصحبه أجمعين

بقية كتاب الإجارة

وأما الاستئجار على نقله من بلد إلى بلد، فقد قال محمد: ابتلينا بمسألة: ميت مات من المشركين، فاستأجروا له من يحمله إلى موضع فيدفنه في غير الموضع الذي مات فيه؛ أراد بذلك إذا استأجروا له من ينقله من بلد إلى بلد؛ فقال أبو يوسف: لا أجر له؛ وقلت أنا: إن كان الحمّال الذي حَمله يعلم أنه جيفة فلا أجر له؛ وإن لم يعلم فله الأجر.

وجه قول محمد: أن الأجير إذا علم أنه جيفة فقد نقل ما لا يجوز له نقله فلا يستحق الأجر؛ وإذا لم يعلم فقد غروه بالتسمية، والغرور يوجب الضمان.

ولأبي يوسف: أن الأصل أن لا يجوز نقل الجيفة، وإنما رخص في نقلها للضرورة، وهي ضرورة رفع أذيتها، ولا ضرورة في النقل من بلد إلى بلد فبقي على أصل الحرمة، كنقل الميتة من بلد إلى بلد.

ومن استأجر حمالاً يحمل له الخمر فله الأجر في قول أبي حنيفة؛ وعند أبي يوسف ومحمد لا أجر له، كذا ذكر في الأصل؛ وذكر في «**الجامع الصغير**» أنه يطيب له الأجر في قول أبي حنيفة؛ وعندهما يكره، لهما: أن هذه إجارة على المعصية لأن حمل الخمر معصية لكونه إعانة على المعصية؛ وقد قال الله عز وجل: ﴿**ولا تَعَاوَنُوا عَلَى الإِثْمِ والعُدْوَانِ**﴾[1] ولهذا لعن الله تعالى عشرة، منهم: حاملها والمحمول إليه.

ولأبي حنيفة أن نفس الحمل ليس بمعصية، بدليل أن حملها للإراقة والتخليل مباح؛ وكذا ليس بسبب للمعصية وهو الشرب؛ لأن ذلك يحصل بفعل فاعل مختار، وليس الحمل من ضرورات الشرب، فكانت سبباً محضاً فلا حكم له، كعصر العنب وقطفه؛ والحديث محمول على الحمل بنية الشرب؛ وبه نقول إن ذلك معصية؛ ويكره أكل أجرته .ولا تجوز إجارة الإماء للزنا لأنها إجارة على المعصية وقيل فيه نزل قوله تعالى: ﴿**وَلا تُكْرِهُوا فَتَياتِكُم على البغاء إن أردن تحصناً لتبتغوا عَرَضَ الحياة الدنيا**﴾[2].

وروي عن رسول الله ﷺ: «**أنه نهى عن مهر البغي**»[3] وهو أجر الزانية على الزنا، وتجوز الإجارة

---

(١) سورة المائدة، الآية: (٢).

(٢) سورة النور، الآية: (٣٣).

(٣) أخرجهما مسلم من رواية رافع بن خديج رضي الله عنه في «**الصحيح**» كتاب المساقاة باب تحريم ثمن الكلب (١٥٦٧، ١٥٦٨)=

للحجامة وأخذ الأجرة عليها؛ لأن الحجامة أمر مباح وما ورد من النهي عن كسب الحجام في الحديث عن رسول الله ﷺ أنه قال: «مِنَ السُّحْتِ عَسْبُ التَّيْسِ وكَسْبُ الحجَّام»[١] فهو محمول على الكراهة لدناءة الفعل.

والدليل عليه ما روي «**أن رسول الله ﷺ لما قال ذلك أتاه رجل من الأنصار فقال: إن لي حجاماً وناضحاً فأعلف ناضحي من كسبه؛ قال ﷺ: نعم**»[٢].

وروي أنه ﷺ؛ «**احْتَجَمَ وَأَعْطَى الحَجَّام ديناراً**»[٣] ولا يجوز استئجار الرجل أباه ليخدمه لأنه مأمور بتعظيم أبيه وفي الاستخدام استخفاف به فكان حراماً فكان هذا استئجاراً على المعصية؛ وسواء كان الأب حراً أو عبداً استأجره ابنه من مولاه ليخدمه لأنه لا يجوز استئجار الأب حراً كان أو عبداً؛ وسواء كان الأب مسلماً أو ذمياً؛ لأن تعظيم الأب واجب وإن اختلف الدين؛ قال الله تعالى: ﴿**وَصَاحِبْهُمَا في الدنيا معروفاً**﴾[٤] وهذا في الأبوين الكافرين؛ لأنه معطوف على قوله عز وجل: ﴿**وإِنْ جَاهَدَاكَ عَلَى أَنْ تُشْرِكَ بِي مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ فَلَا تُطِعْهُمَا**﴾[٥] وإن شئت أفردت لجنس هذه المسائل شرطاً وخرجتها عليه فقلت: ومنها أن تكون المنفعة مباحة الاستيفاء؛ فإن كانت محظورة الاستيفاء لم تجز الإجارة لكن في هذا شبهة التداخل في الشروط والصناعة تمنع من ذلك.

= والبخاري في «**الصحيح**» كتاب البيوع باب ثمن الكلب وفي كتاب الإجارة باب كسب البغي والإماء، وفي كتاب الطلاق باب مهر البغي والنكاح الفاسد، وفي كتاب الطب باب الكهانة.

ومالك في «**الموطأ**» كتاب البيوع باب ما جاء في ثمن الكلب.

وأبو داود في «**السنن**» كتاب البيوع باب في كسب الحجام (٣٤٢١).

والترمذي في «**السنن**» كتاب البيوع باب ما جاء في ثمن الكلب رقم (١٢٧٥).

والنسائي في «**السنن**» كتاب الصيد باب النهي عن ثمن الكلب (٧/ ١٩٠).

(١) أخرج حديث النهي عن عسب الفحل بألفاظ كثيرة.

البخاري في «**الصحيح**» من حديث ابن عمر رضي الله عنهما كتاب الإجارة باب عسب الفحل رقم (٢٢٨٤)، ومسلم في «**الصحيح**» كتاب المساقاة باب تحريم بيع فضل الماء الذي يكون بالفلاة رقم (١٥٦٥)، والنسائي في «**السنن**» كتاب البيوع باب بيع ضراب الجمل (٧/ ٣١٠) وأبو داود في «**السنن**» كتاب البيوع باب في عسب الفحل. والحاكم في «**المستدرك**» (٢/ ٤٢).

وأحمد في «**المسند**» (٢/ ١٤) والبيهقي في «**السنن الكبرى**» (٥/ ٣٣٩) وابن الجارود في «**المنتقى**» (٥٨٢).

(٢) أخرجه مالك في «**الموطأ**» كتاب الاستئذان باب ما جاء في الحجامة وأجرة الحجام وأبو داود في «**السنن**» كتاب البيوع باب في كسب الحجام رقم (٣٤٢٢) والترمذي في «**السنن**» كتاب البيوع باب ما جاء في كسب الحجام مرسلاً.

ووصله أحمد في «**المسند**» (٥/ ٤٣٦).

(٣) أخرجه دون ذكر الدينار البخاري في «**الصحيح**» كتاب البيوع باب ذكر الحجام (٢١٠٢).

ومسلم في «**الصحيح**» كتاب المساقاة باب حل أجرة الحجام (١٥٧٧) بلفظ: «**حجم أبو طيبة رسول الله ﷺ فأمر له بصاع من تمر وأمر أهله أن يخففوا عنه من خراجه**».

وذكر الدينار عند الطبراني في «**الأوسط**» وفيه: القاسم بن سعيد بن المسيب بن شريك قال الهيثمي: ولم أجد من ترجمه، وبقية رجاله ثقات.

(٤) سورة لقمان، الآية: (١٥).

(٥) سورة لقمان، الآية: (١٥).

وعلى هذا يخرج ما إذا استأجر رجلاً على العمل في شيء هو فيه شريكه نحو ما إذا كان بين اثنين طعام فاستأجر أحدهما صاحبه على أن يحمل نصيبه إلى مكان معلوم والطعام غير مقسوم فحمل الطعام كله أو استأجر غلام صاحبه أو دابة صاحبه على ذلك أنه لا تجوز هذه الإجارة عند أصحابنا؛ وإذا حمل لا أجر له وعند الشافعي(١): هذه الإجارة جائزة وله الأجر إذا حمل.

وجه قوله: أن الأجر تابع نصف منفعة الحمل الشائعة من شريكه؛ لأن الإجارة بيع المنفعة فتصح في الشائع كبيع العين؛ وهذا لأن عمله وهو الحمل؛ وإن صادف محلاً مشتركاً وهو لا يستحق الأجرة بالعمل في نصيب نفسه فيستحقها بالعمل في نصيب شريكه.

ولنا: أنه أجر ما لا يقدر على إيفائه لتعذر تسليم الشائع بنفسه فلم يكن المقدور عليه مقدورَ الاستيفاء وإنما لا يجب الأجر أصلاً لأنه لا يتصور استيفاء المعقود عليه إذ لا يتصور حمل نصفِ الطعام تبايعاً ووجوب أجر المثل يقف على استيفاء المعقود عليه ولم يوجد فلا يجب؛ بخلاف ما إذا استأجر من رجل بيتاً له ليضع فيه طعاماً مشتركاً بينهما أو سفينة أو جوالق إن الإجارة جائزة؛ لأن التسليم ثمةَ يتحقق بدون الوضع بدليل أنه لو سلم السفينة والبيت والجوالق ولم يضع وجب الأجر؛ وههنا لا يتحقق بدون العمل وهو الحمل والمشاع غير مقدور الحمل بنفسه.

وذكر ابن سماعة عن محمد في طعام بين رجلين؛ ولأحدهما سفينة وأرادا أن يخرجا الطعام من بلدهما إلى بلد آخر فاستأجر أحدهما نصف السفينة من صاحبه أو أرادا أن يطحنا الطعام فاستأجر أحدهما نصف الرحى الذي لشريكه أو استأجر أنصاف جوالقه ليحمل عليه الطعام إلى مكة فهو جائز؛ وهذا على قول من يجيز إجارة المشاع.

والأصل فيه: أن كل موضع لا يستحق فيه الأجرة إلا بالعمل لا تجوز الإجارة فيه على العمل في الحمل مشتركة وما يستحق فيه الأجرة من غير عمل تجوز الإجارة فيه لوضع العين المشتركة في المستأجر؛ وفقه هذا الأصل ما ذكرنا أن ما لا تجب الأجرة فيه إلا بالعمل فلا بد من إمكان إيفاء العمل ولا تمكين من العين المشتركة فلا يكون المعقود عليه مقدور التسليم فلا يكون مقدور الاستيفاء فلم تجز الإجارة وما لا يقف وجوب الأجرة فيه على العمل كان المعقود عليه مقدور التسليم والاستيفاء بدونه فتجوز الإجارة.

وعلى هذا يخرج ما إذا استأجر رجلاً على أن يحمل له طعاماً بعينه إلى مكان مخصوص بقفيز منه أو استأجَرَ غلامه أو دابته على ذلك أنه لا يصح؛ لأنه لو صح لبطل من حيث صح؛ لأن الأجير يصير شريكاً بأول جزء من العمل وهو الحمل فكان عمله بعد ذلك فيما هو شريك فيه وذلك لا يجوز لما بينا؛ وإذا حمل فله أجر مثله لأنه استوفى المنافع بعقد فاسد فيجب أجر المثل ولا يتجاوز به قفيزاً لأن الواجب في الإجارة الفاسدة الأقل من المسمى ومن أجر المثل لما نذكر في بيان حكم الإجارة الفاسدة إن شاء الله تعالى.

ومنها: أن لا يكون العمل المستأجر له فرضاً ولا واجباً على الأجير قبل الإجارة؛ فإن كان فرضاً أو

---

(١) انظر «مختصر المزني» صفحة (١٢٧).

واجباً عليه قبل الإجارة لم تصح الإجارة لأن من أتى بعمل يستحق عليه لا يستحق الأجرة كمن قضى ديناً عليه؛ ولهذا قلنا إن الثواب على العبادات والقرب والطاعات أفضال من الله سبحانه غير مستحق عليه لأن وجوبها على العبد بحق العبودية لمولاه؛ لأن خدمة المولى على العبد مستحقة ولحق الشكر للنعم السابقة؛ لأن شكر النعمة واجب عقلاً وشرعاً ومن قضى حقاً مستحَقاً عليه لغيره لا يستحق قبله الأجر كمن قضى ديناً عليه في الشاهد.

وعلى هذا يخرج الاستئجار على الصوم والصلاة والحج أنه لا يصح؛ لأنها من فروض الأعيان ولا يصح الاستئجار على تعليم العلم لأنه فرض عين، ولا على تعليم القرآن عندنا؛ وقال الشافعي[1]: الإجارة على تعليم القرآن جائزة؛ لأنه استئجار لعمل معلوم ببدل معلوم فيجوز.

ولنا: أنه استئجار لعمل مفروض فلا يجوز كالاستئجَار للصوم والصلاة؛ ولأنه غير مقدور الاستيفاء في حق الأجير لتعلقه بالمتعلم فأشبه الاستئجار لحمل خشبة لا يقدر على حملها بنفسه.

وقد روي أن أبـي بن كعب رضي الله عنه أقرأ رجلاً فأعطاه قوساً فسأل النبـيَّ ﷺ عن ذلك فقال ﷺ: **«أتحب أن يقوسك الله بقوسٍ مِن نَار؛ قَالَ: لاَ؛ فقالَ ﷺ فردَّه»**[2] ولا على الجهاد؛ لأنه فرض عين عند عموم النفير وفرض كفاية في غير تلك الحال وإذا شهد الوقعة فتعين عليه فيقع عن نفسه.

وروي أن رسول الله ﷺ قال: **«مثل من يغزو في أمتي ويأخذ الجعل عليه كمثل أم موسى ترضع ولدها وتأخذ عليه أجراً»**[3]؛ ولا على الأذان والإقامة والإمامة لأنها واجبة.

وقد روي عن عثمان بن أبـي العاص الثقفي أنه قال: **«آخر ما عهد إليّ رسولُ الله ﷺ أن أصليَ بالقوم صلاةَ أضعفهم وأن أتَخِذَ مؤذناً لا يأخذ على الأذان أجراً»**[4]؛ ولأن الاستئجار على الأذان والإقامة والإمامة

---

(١) انظر «**المبسوط**» (١٦/ ٣٧) و «**المدونة**» (٤/ ١٤٩) و «**مختصر اختلاف العلماء**» (٣/ ٩٩ ـ ١٠١).
وذكر في «**اختلاف العلماء**» (٣/ ١٠٠) الجواب عن حديث «.. خذوها واضربوا لي معكم فيها بسهم».
وقال: إنما ذكر في ذلك أخذ الجعل على الرقية، والرقية ليست بواجبة، والأذان والصلاة واجبة وكذلك تعليم القرآن، وقد روى يحيى بن أبـي كثير عن زيد بن سلام عن أبـي سلاّم، عن أبـي راشد الحبراني عن عبد الرحمن بن شبل الأنصاري أن النبـي ﷺ قال: «**اقرءوا القرآن، ولا تغلوا فيه، ولا تجفوا عنه، ولا تأكلوا به، ولا تستكثروا به**». أخرجه الطحاوي في «**شرح معاني الآثار**» (٣/ ١٨) وقال الهيثمي في «**المجمع**» (٧/ ١٩٧) رواه أحمد والبزار ورجال أحمد ثقات.

(٢) أخرجه ابن ماجه في «**السنن**» كتاب التجارات باب الأجر على تعليم القرآن (٢١٥٧، ٢١٥٨) الأول عن عبادة بن الصامت وفي سنده الأسود بن ثعلبة قيل عن هذا الحديث، لا يعرف قاله ابن المديني كما في «**الميزان**» للذهبـي والثاني عن أبـي بن كعب قال في «**الزوائد**» (إسناده مضطرب) قاله الذهبي في ترجمة عبد الرحمن بن سلم.
وقال العلاء في «**المراسيل**» عطية بن قيس الكلاعي عن أبـي بن كعب مرسل.
وأخرج حديث عبادة: أحمد في «**المسند**» (٥/ ٣١٥) وأبو داود في «**السنن**» كتاب الإجارة باب في كسب المعلم (٣٤١٦).
ر: ترجمة الأسود «**ميزان**» (١/ ٢٥٦)، عبد الرحمن «**ميزان**» (٢/ ٥٦٧).

(٣) ذكر ابن الجوزي في «**الموضوعات**» عن معاذ عن رسول الله. ومثل الذي يحج عن أمتي كمثل أم موسى كانت ترضعه وتأخذ الكراء من فرعون» وقال: هذا حديث موضوع والخطأ فيه منسوب إلى إسماعيل بن عياش، قال ابن حبان تغير حفظه فكثر الخطأ في حديثه وهو لا يعلم فخرج عن حد الاحتجاج «**الموضوعات**» (٢/ ٢٢٠) وأقره السيوطي «**اللآلىء**» (٢/ ١٣١).

(٤) أخرجه الحميدي في «**مسنده**» رقم (٩٠٦) وابن ماجه في «**السنن**» كتاب الأذان والسنة فيها، باب السنة في الأذان رقم (٧١٤). =

وتعليم القرآن والعلم سبب لتنفير الناس عن الصلاة بالجماعة وعن تعليم القرآن والعلم؛ لأن ثقل الأجر يمنعهم عن ذلك؛ وإلى هذا أشار الربّ جلّ شأنه في قوله عز وجل: ﴿أَمْ تَسْأَلُهُمْ أَجْراً فَهُمْ مِنْ مَغْرَمٍ مُثْقَلون﴾[1] فيؤدي إلى الرغبة عن هذه الطاعات وهذا لا يجوز؛ وقال تعالى: ﴿وَمَا تَسْأَلُهم عَلَيهِ مِنْ أَجْرٍ﴾[2] أي على ما تبلغ إليهم أجراً وهو كان ﷺ يبلغ بنفسه وبغيره بقوله ﷺ: «**ألا فليبلغْ الشّاهِد الغَائِبَ**»[3] فكان كل معلم مبلغاً، فإذا لم يجز له أخذ الأجر على ما يبلغ بنفسه لما قلنا، فكذا لمن يبلغ بأمره، لأن ذلك تبليغ منه معنى، ويجوز الاستئجار على تعليم اللغة والأدب لأنه ليس بفرض ولا واجب.

وكذا يجوز الاستئجار على بناء المساجد والرباطات والقناطر لما قلنا، ولا يجوز الاستئجار على غسل الميت ذكره في الفتاوى، لأنه واجب، ويجوز على حفر القبور.

وأما على حمل الجنازة فذكر في بعض الفتاوىٰ أنه جائز على الإطلاق وفي بعضها أنه إن كان يوجد غيرهم يجوز، وإن كان لا يوجد غيرهم لا يجوز، لأن الحمل عليهم واجب.

وعلى هذا يخرج ما إذا استأجر الرجل ابنه وهو حرٌّ بالغ ليخدمه أنه لا يجوز لأن خدمة الأب الحر واجبة على الابن الحر، فإن كان الولد عبداً والأب حراً فاستأجر ابنه من مولاه جاز، لأنه إذا كان عبداً لا يجب عليه خدمة الأب، وكذلك إن كان الابن مكاتباً لأنه لا يلزمه خدمة أبيه فكان كالأجنبي.

ولو استأجر امرأته لتخدمه كل شهر بأجر مسمى لم يجز، لأن خدمة البيت عليها فيما بينها وبين الله تعالى لما روي: «**أن رسول الله ﷺ قسّمَ الأعمالَ بينَ عليٍّ وفاطمةَ رضي اللّهُ عنهما فجعل ما كان داخل البيت على فاطمة وما كان خارج البيت على عليٍّ**»[4]، فكان هذا استئجاراً على عمل واجب فلم يجز، ولأنها تنتفع بخدمة البيت والاستئجار على عمل ينتفع به الأجير غير جائز، ولا يجوز استئجار الزوجة على رضاع ولده منها، لأن ذلك استئجار على خدمة الولد وإنما اللبن يدخل فيه تبعاً على ما ذكرنا فكان الاستئجار على أمر عليها فيما بينها وبين الله تعالى، ولأن الزوجة مستحقة للنفقة على زوجها وأجرة الرضاع تجري مجرى النفقة فلا تستحق نفقتين على زوجها حتى لو كان للولد مال فاستأجرها لإرضاع ولدها منه من مال الولد جاز، كذا روى ابن رستم عن محمد لأنه لا نفقة لها على الولد فلا يكون فيه استحقاق نفقتين.

ولو استأجر لولده من ذوات الرحم المحرم اللاتي لهنَّ حضانته جاز، لأنه ليس عليهن خدمة البيت ولا نفقة لهن على أب الولد، ويجوز استئجار الزوجة لترضع ولده من غيرها لأنه ليس عليها خدمة ولدِ غيرها.

= والترمذي في «السنن» كتاب الصلاة باب كراهية أن يأخذ المؤذن على الأذان أجراً رقم (٢٠٩) والنسائي في «السنن» كتاب الصلاة باب اتخاذ المؤذن الذي لا يؤخذ على أذانه أجراً (٢/ ٢٣) وأبو داود في «السنن» كتاب الصلاة باب أخذ الأجر على التأذين (٥٣١).

(١) سورة القلم، الآية: (٤٦).

(٢) سورة يوسف، الآية: (١٠٤).

(٣) تقدم وهو خطبة حجة الوداع.

(٤) قال الحافظ في «الفتح»: وحكى ابن بطال أن بعض الشيوخ قال: لا نعلم في شيء من الآثار أن: «**النبي ﷺ قضى على فاطمة بالخدمة الباطنة**» ا.هـ «**فتح الباري**» (٩/ ٥٠٧).

ولو استأجر على إرضاع ولده
خادم أمه فخادمها بمنزلتها فما جاز فيها جاز في خادمها وما لم يجز فيها لم يجز في خادمها، لأنها هي المستحِقّة لمنفعة خادمها فصار كنفقتها، وكذا مدبرتها لأنها تملك منافعها، فإن استأجر مكاتبتها جاز لأنها لا تملك منافع المكاتبة فكانت كالأجنبية.

ولو استأجرت المرأة زوجها ليخدمها في البيت بأجر مسمى فهو جائز لأن خدمة البيت غير واجبة على الزوج فكان هذا استئجاراً على أمر غير واجب على الأجير، وكذا لو استأجرته لرعي غنمها لأن رعي الغنم لا يجب على الزوج، وإن شئت عبرت عن هذا الشرط فقلت: ومنها أن لا ينتفع الأجير بعمله فإن كان ينتفع به لم يجز، لأنه حينئذٍ يكون عاملاً لنفسه فلا يستحق الأجر، ولهذا قلنا إن الثواب على الطاعات من طريق الإفضال لا الاستحقاق، لأن العبد فيما يعمله من القربات والطاعات عامل لنفسه، قال سبحانه وتعالى: ﴿مَنْ عَمِلَ صَالحاً فِلنَفْسِهِ﴾[1] ومن عمل لنفسه لا يستحق الأجر على غيره، وعلى هذه العبارة أيضاً يخرج الاستئجار على الطاعات فرضاً كانت أو واجبة أو تطوعاً، لأن الثواب موعود للمطيع على الطاعة فينتفع الأجير بعمله فلا يستحق الأجر.

وعلى هذا يخرج ما إذا استأجر رجلاً ليطحن له قفيزاً من حنطة بربع من دقيقها أو ليعصر له قفيزاً من سمسم بجزء معلوم من دهنه أنه لا يجوز، لأن الأجير ينتفع بعمله من الطحن والعصر فيكون عاملاً لنفسه.

وقد روي عن رسول الله ﷺ: «**أنه نهى عن قفيز الطحان**»[2]، ولو دفع إلى حائك غزلاً لينسجه بالنصف فالإجارة فاسدة، لأن الحائك ينتفع بعمله وهو الحياكة، وكذا هو في معنى قفيز الطحان فكان الاستئجار عليه منهياً وإذا حاكه فللحائك أجر مثل عمله لاستيفائه المنفعة بأجرة فاسدة وبعض مشايخنا ببلخ جوّز هذه الإجارة وهو محمد بن سلمة ونصر بن يحيى.

ومنها: أن تكون المنفعة مقصودة يعتاد استيفاؤها بعقد الإجارة ويجري بها التعامل بين الناس، لأنه عقد شرع بخلاف القياس لحاجة الناس ولا حاجة فيما لا تعامل فيه للناس فلا يجوز استئجار الأشجار لتجفيف الثياب عليها والاستظلال بها لأن هذه منفعة غير مقصودة من الشجر.

ولو اشترى ثمرة شجرة ثم استأجر الشجرة لتبقية ذلك فيه لم يجز، لأنه لا يقصد من الشجر هذا النوع من المنفعة وهو تبقية الثمر عليها فلم تكن منفعة مقصودة عامة، وكذا لو استأجر الأرض التي فيها ذلك الشجر يصير مستأجراً باستئجار الأرض ولا يجوز استئجار الشجر.

وقال أبو يوسف: إذا استأجر ثياباً ليبسطها ببيت ليزيّن بها ولا يجلس عليها فالإجارة فاسدة، لأن بسط الثياب من غير استعمال ليس منفعةً مقصودةً عادةً، وقال عمرو عن محمد في رجل استأجر دابة ليجنبها يتزين بها فلا أجر عليه، لأن قَوْدَ الدابة للتزين ليس بمنفعة مقصودة، ولا يجوز استئجار الدراهم والدنانير ليزين الحانوت ولا استئجار المسك والعود وغيرهما من المشمومات للشم لأنه ليس بمنفعة مقصودة، ألا ترى أنه لا يعتاد استيفاؤها بعقد الإجارة، والله عز وجل الموفق.

---

(١) سورة فصلت، الآية: (٤٦).
(٢) تقدم.

وأما الذي يرجع إلى محل المعقود عليه فهو أن يكون مقبوض المؤاجرة إذا كان منقولاً، فإن لم يكن في قبضه فلا تصح إجارته «لنهي النبـي ﷺ عن بيع ما لم يقبض»[١] والإجارة نوع بيع فتدخل تحت النهي، ولأن فيه غرر انفساخ العقد لاحتمال هلاك المبيع قبل القبض فينفسخ البيع فلا تصح الإجارة وقد «نهى رسول الله ﷺ عن بيع فيهِ غرر»[٢] وإن لم يكن منقولاً فهو على الاختلاف المعروف في بيع العين أنها تجوز عند أبـي حنيفة وأبـي يوسف ولا تجوز عند محمد، وقيل في الإجارة لا تجوز بالإجماع.

وأما الذي يرجع إلى ما يقابل المعقود عليه وهو الأجرة، والأجرة في الإجارات معتبرة بالثمن في البياعات، لأن كل واحد من العقدين معاوضة المال بالمال فما يصلح ثمناً في البياعات يصلح أجرة في الإجارات وما لا فلا وهو أن تكون الأجرة مالاً متقوماً معلوماً وغير ذلك مما ذكرناه في كتاب البيوع.

والأصل في شرط العلم بالأجرة قول النبـي ﷺ: «مَنِ استأجرَ أَجيراً فليعلمهُ أَجْرَهُ»[٣] والعلم بالأجرة لا يحصل إلا بالإشارة والتعيين أو بالبيان، وجملة الكلام فيه أن الأجر لا يخلو إما إن كان شيئاً بعينه وإما إن كان بغير عينه فإن كان بعينه فإنه يصير معلوماً بالإشارة ولا يحتاج فيه إلى ذكر الجنس والصفة والنوع والقدر، سواء كان مما يتعين بالتعيين أو مما لا يتعين كالدراهم والدنانير ويكون تعيينها كناية عن ذكر الجنس والصفة والنوع والقدر على أصل أصحابنا لأن المشار إليه إذا كان مما له حمل ومؤنة يحتاج إلى بيان مكان الإيفاء عند أبـي حنيفة، وإن كان بغير عينه، فإن كان مما يثبت ديناً في الذمة في المعاوضات المطلقة كالدراهم والدنانير والمكيلات والموزونات والمعدودات المتقاربة والثياب لا يصير معلوماً إلا ببيان الجنس والنوع من ذلك الجنس والصفة والقدر إلا أن في الدراهم والدنانير إذا لم يكن في البلد إلا نقد واحد لا يحتاج فيها إلى ذكر النوع والوزن ويكتفىٰ بذكر الجنس ويقع على نقد البلد ووزن البلد، وإن كان في البلد نقود مختلفة يقع على النقد الغالب وإن كان فيه نقود غالبة لا بد من البيان فإن لم يبين فسد العقد ولا بد من بيان مكان الإيفاء فيما له حمل ومؤنة في قول أبـي حنيفة وعند أبـي يوسف ومحمد لا يشترط ذلك ويتعين مكان العقد للإيفاء وقد ذكرنا المسألة في كتاب البيوع.

وهل يشترط الأجل؟ ففي المكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة لا يشترط، لأن هذه الأشياء كما تثبت ديناً في الذمة مؤجلاً بطريق السلم تثبت ديناً في الذمة مطلقاً لا بطريق السلم بل بطريق القرض فكان لثبوتها أجلان، فإن ذكر الأجل جاز وثبت الأجل كالسلم، وإن لم يذكر جاز كالقرض.

---

(١) تقدم.

(٢) أخرجه أحمد في «المسند» (٢/ ٤٣٦) ومسلم في «الصحيح» كتاب البيوع باب بطلان بيع الحصاة والبيع الذي فيه عذر (١٥١٣).
والنسائي في «السنن» في كتاب البيوع باب بيع الحصاة والدارقطني في «السنن» كتاب البيوع (١٣/ ١٥، ١٦).
وأبو داود في «السنن» كتاب البيوع باب بيع الغرر (٣٣٧٦).
وابن ماجه في «السنن» كتاب التجارات باب النهي عن بيع الحصاة وعن بيع الغرر (٢١٩٤).
وابن الجارود في «المنتقى» (٢١٩٤)، والبيهقي في «السنن» (٥/ ٣٣٨).

(٣) أخرجه النسائي في «السنن» كتاب المزارعة باب الثالث من الشروط فيه المزارعة والوثائق (٧/ ٣٢). موقوفاً على أبـي سعيد والحسن وأحمد في «المسند» (٣/ ٥٩، ٦٨، ٧١).
وأبو داود في «المراسيل» كتاب التجارة (١٥٩).

وأما في الثياب فلا بد من الأجل لأنها لا تثبت ديناً في الذمة إلا مؤجلاً فكان لثبوتها أجل واحد وهو السلم فلا بد فيها من الأجل كالسلم، وإن كان مما لا يثبت ديناً في الذمة في عقود المعاوضات المطلقات كالحيوان فإنه لا يصير معلوماً بذكر الجنس والنوع والصفة والقدر.

ألا ترى أنه لا يصلح ثمناً في البياعات فلا يصلح أجرة في الإجارات، وحكم التصرف في الأجرة قبل القبض إذا وجبت في الذمة حكم التصرف في الثمن قبل القبض إذا كان ديناً، وقد بينا ذلك في كتاب البيوع، وإذا لم يجب بأن لم يشترط فيها التعجيل فحكم التصرف فيها نذكره في بيان حكم الإجارة إن شاء الله عز وجل، وما كان منها عيناً مشاراً إليها فحكمه حكم الثمن إذا كان عيناً حتى لو كان منقولاً لا يجوز التصرف فيه قبل القبض، وإن كان عقاراً فعلى الاختلاف المعروف في كتاب البيوع أنه يجوز عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وعند محمد لا يجوز وهي من مسائل البيوع.

ولو استأجر عبداً بأجر معلوم وبطعامه أو استأجر دابة بأجر معلوم وبعلفها لم يجز لأن الطعام أو العلف يصير أجرة وهو مجهول فكانت الأجرة مجهولة، والقياس في استئجار الظئر بطعامها وكسوتها أنه لا يجوز، وهو قول أبي يوسف ومحمد لجهالة الأجرة وهي الطعام والكسوة إلا أن أبا حنيفة استحسن الجواز بالنص وهو قوله عز وجل: ﴿وعَلَى المَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وكِسوَتُهُنَّ بالمعْرُوفِ﴾[1] من غير فصل بين ما إذا كانت الوالدة منكوحة أو مطلقة، وقوله عز وجل: ﴿وعَلَى الوَارِثِ مِثْلُ ذَلك﴾[2] أي الرزق والكسوة وذلك يكون بعد موت المولود له وقوله تعالى: ﴿وإن أردتم أَنْ تَسْتَرْضِعُوا أولادكم فلا جناحَ عليكُمْ إذا سلّمتُمْ مَا آتيتمْ بِالمَعرُوفِ﴾[3] نفى الله سبحانه وتعالى الجناح عن الاسترضاع مطلقاً.

وقولهما: الأجرة مجهولة مسلم لكن الجهالة لا تمنع صحة العقد لعينها بل لإفضائها إلى المنازعة وجهالة الأجرة في هذا الباب لا تفضي إلى المنازعة، لأن العادة جرت بالمسامحة مع الأظآر والتوسيع عليهن شفقة على الأولاد فأشبهت جهالة القفيز من الصبرة.

ولو استأجر داراً بأجرة معلومة وشرط الآجر تطيين الدار ومرمتها أو تعليق باب عليها أو إدخال جذع في سقفها على المستأجر فالإجارة فاسدة، لأن المشروط يصير أجرة وهو مجهول فتصير الأجرة مجهولة.

وكذا إذا آجر أرضاً وشرط كري نهرها أو حفر بئرها أو ضرب مسناةٍ عليها لأن ذلك كله على المؤاجِر، فإذا شرط على المستأجِر فقد جعله أجرةً وهو مجهول فصارت الأجرة مجهولة.

ومنها: أن لا تكون الأجرة منفعة هي من جنس المعقود عليه كإجارة السكنى بالسكنى والخدمة بالخدمة والركوب بالركوب والزراعة بالزراعة حتى لا يجوز شيء من ذلك عندنا، وعند الشافعي[4]: ليس بشرط، وتجوز هذه الإجارة وإن كانت الأجرة من خلاف الجنس جاز كإجارة السكنى بالخدمة والخدمة

(١) سورة البقرة، الآية: (٢٣٣).
(٢) سورة البقرة، الآية: (٢٣٣).
(٣) سورة البقرة، الآية: (٢٣٣).
(٤) انظر «الأم» (٤/٢٥ ـ ٢٦).

بالركوب ونحو ذلك، والكلام فيه فرع في كيفية انعقاد هذا العقد، فعندنا ينعقد شيئاً فشيئاً على حسب حدوث المنفعة فلم تكن كل واحدة من المنفعتين معينة بل هي معدومة وقت العقد فيتأخر قبض أَحَدِ المستأجرين فيتحقق ربا النَّساء والجنس بانفراده يحرِّم النساءَ عندنا كإسلام الهروي في الهروي، وإلى هذا أشار محمد فيما حكي أن ابن سماعة كتب يسأله عن هذه المسألة أنه كتب إليه في الجواب: أنك أطلت الفكرة فأصابتك الحيرة وجالست الجبائي[1] فكانت منك زلةٌ أما علمت أن بيع السكنى بالسكنى كبيع الهروي بالهروي، بخلاف ما إذا اختلف جنس المنفعة لأن الربا لا يتحقق في جنسين.

وعند الشافعي[2]: منافع المدة تجعل موجودة وقت العقد كأنها أعيان قائمة فلا يتحقق معنى النسبة، ولو تحقق فالجنس بانفراده لا يحرم النَّساء عنده وتعليل من علّل في هذه المسألة أن هذا في معنى بيع الدين بالدين لأن المنفعتين معدومتان وقت العقد فكان بيع الكاليء بالكاليء غير سديد، لأن الدين اسم لموجود في الذمة أُخِّرَ بالأجل المضروب بتغيير مقتضى مطلق العقد، فأما ما لا وجود له وتأخّر وجوده إلى وقت فلا يسمى دَيْناً.

وحقيقة الفقه في المسألة ما ذكره الشيخ أبو منصور الماتريدي هي: أن الإجارة عقد شرع بخلاف القياس لحاجة الناس ولا حاجة تقع عند اتحاد الجنس فبقي على أصل القياس والحاجة تتحقق عند اختلاف الجنس فيجوز، ويستوي في ذلك العبد والأمة حتى لو استأجر عبداً يخدمه شهراً بخدمة أمة كان فاسداً لاتحاد جنس المنفعة ثم في إجارة الخدمة بالخدمة إذا خدم أحدهما ولم يخدم الآخر، روي عن أبـي يوسف أنه لا أجرة عليه، وذكر الكرخي وقال: الظاهر أن له أجر المثل.

وجه رواية أبـي يوسف: أنه لما قابل المنفعة بجنسها ولم تصح هذه المقابلة فقد جعل بإزاء المنفعة ما لا قيمة له فكان راضياً ببذل المنفعة بلا بدل.

وجه ما ذكره الكرخي: أنه استوفى المنافع بعقد فاسد والمنافع تتقوم بالعقد الصحيح والفاسد لما نذكر تحقيقه أنها تقوم بالعقد الفاسد الذي لم يذكر فيه بدل رأساً بأن استأجر شيئاً ولم يُسمِّ عوضاً أصلاً فإذا سمى العوض وهو المنفعة أولى، وقالوا في عبد مشترك تَهايَأ الشريكان فيه فخدم أحدهما يوماً ولم يخدم الآخر إنه لا أجر له، لأن هذا ليس بمبادلة بل هو إفراز، ويجوز استئجار العبدين لعملين مختلفين كالخياطة والصياغة، لأن الجنس قد اختلف.

وذكر الكرخي في «**الجامع**»: إذا كان عبد بين اثنين أجر أحدُهما نصيبَه من صاحبه يخيط معه شهراً على أن يصوغ نصيبه معه في الشهر الداخل أن هذا لا يجوز في العبد الواحد، وإن اختلف العمل وإنما يجوز في العملين المختلفين إذا كانا في عبدين، لأن هذا مهايأة منهما لأنهما فعلا ما يستحق عليهما من غير إجارة والمهايأة من شرط جوازها أن تقع على المنافع المطلقة، فإما أن يعين أحد الشريكين على الآخر المنفعة فلا يجوز والله عز وجل أعلم.

---

(١) الجبائي: هو أبو علي الجبائي أحد أئمة الاعتزال.

(٢) «الأم» (٤/ ٢٥).

وأما الذي يرجع إلى ركن العقد فخلوه عن شرط لا يقتضيه العقد ولا يلائمه حتى لو أجره داره على أن يسكنها شهراً ثم يسلمها إلى المستأجِر أو أرضاً على أن يزرعها ثم يسلمها إلى المستأجر أو دابة على أن يركبها شهراً أو ثوباً على أن يلبسه شهراً ثم يسلمه إلى المستأجر فالإجارة فاسدة، لأن هذا شرط لا يقتضيه العقد وأنه شرط لا يلائم العقد وزيادة منفعة مشروطة في العقد لا يقابلها عوض في معاوضة المال بالمال يكون رباً أو فيها شبهة الربا، وكل ذلك مفسد للعقد.

وعلى هذا يخرج أيضاً شرط تطيين الدار وإصلاح ميزابها وما هي منها وإصلاح بئر الماء والبالوعة والمخرج وكري الأنهار، وفي إجارة الأرض وطعام العبد وعلف الدابة في إجارة العبد والدابة ونحو ذلك، لأن ذلك كله شرط يخالف مقتضى العقد ولا يلائمه وفيه منفعة لأحد العاقدين.

وذكر في «الأصل» إذا استأجر داراً مدة معلومة بأجرة مسماة على أن لا يسكنها فالإجارة فاسدة ولا أجرة على المستأجر إذا لم يسكنها وإن سكنها فعليه أجر مثلها لا ينقص مما سمى، أما فساد العقد فظاهر، لأن شرطه أن لا يسكن نفي موجب العقد وهو الانتفاع بالمعقود عليه وأنه شرط يخالف مقضتى العقد ولا يلائم العقد فكان شرطاً فاسداً.

وأما عدم وجوب الأجر رأساً إن لم يسكن ووجوب أجر المثل إن سكن فظاهر أيضاً، لأن أجر المثل في الإجارات الفاسدة إنما يجب باستيفاء المعقود عليه لا بنفس التسليم وهو التخلية كما في النكاح الفاسد لأن التخلية هي التمكين ولا يتحقق مع الفساد لوجود المنع من الانتفاع به شرعاً فأشبه المنع الحسي من العباد وهو الغصب، بخلاف الإجارة الصحيحة لأنه لا منع هناك فتحقق التسليم فلئن لم ينتفع به المستأجر فقد أسقط حق نفسه في المنفعة فلا يسقط حق الآجر في الأجرة وإذا سكن فقد استوفى المعقود عليه بعقد فاسد وأنه يوجب أجر المثل.

وأما قوله: لا ينتقص من المسمى ففيه إشكال، لأنه قد صح من مذهب أصحابنا الثلاثة أن الواجب في الإجارة الفاسدة بعد استيفاء المعقود عليه الأقل من المسمى ومن أجر المثل إذا كان الأجر مسمى، وقد قال في هذه المسألة إنه لا ينقص من المسمى، من المشايخ من قال: المسألة مؤولة تأويلها أنه لا ينقص من المسمى إذا كان أجر المثل والمسمى واحداً.

ومنهم: من أجرى الرواية على الظاهر، فقال إن العاقدين لم يجعلا المسمى بمقابلة المنافع حيث شرط المستأجر أن لا يسكن ولا بمقابلة التسليم لما ذكرنا أنه لا يتحقق مع فساد العقد، فإذا سكن فقد استوفى منافع ليس في مقابلتها بدل فيجب أجر المثل بالغاً ما بلغ كما إذا لم يذكر في العقد تسمية أصلاً إلا أنه قال: لا ينقص من المسمى، لأن المستأجر رضي بالمسمى بدون الانتفاع فعند الانتفاع أولى.

ولو آجره داره أو أرضه أو عبده أو دابته وشرط تسليم المستأجر جاز، لأن تسليم المستأجر من مقتضيات العقد، ألا ترى أنه يثبت بدون الشرط فكان هذا شرطاً مقرِّراً مقتضى العقد لا مخالفاً له فصار كما لو أجره على أن يملك المستأجر منفعة المستأجر.

ولو آجر بشرط تعجيل الأجرة أو شرط على المستأجر أن يعطيه بالأجرة رهناً أو كفيلاً جاز إذا كان

الرهن معلوماً والكفيل حاضراً لأن هذا شرط يلائم العقد وإن كان لا يقتضيه كما ذكرنا في البيوع فيجوز كما في بيع العين.

وأما شرط اللزوم فنوعان: نوع هو شرط انعقاد العقد لازماً من الأصل ونوع هو شرط بقائه على اللزوم.

أما الأول فأنواع:

منها: أن يكون العقد صحيحاً لأن العقد الفاسد غير لازم بل هو مستحق النقض والفسخ رفعاً للفساد حقاً للشرع فضلاً عن الجواز.

ومنها: أن لا يكون بالمستأجر عيب في وقت العقد أو وقت القبض يخل بالانتفاع به فإن كان لم يلزم العقد حتى قالوا في العبد المستأجر للخدمة إذا ظهر أنه سارق له أن يفسخ الإجارة لأن السلامة مشروطة دلالة فتكون كالمشروط نصاً كما في بيع العين.

ومنها: أن يكون المستأجر مرئي المستأجر حتى لو استأجر داراً لم يرها ثم رآها فلم يرض بها أنه يردها لأن الإجارة بيع المنفعة فيثبت فيها خيار الرؤية كما في بيع العين فإن رضي بها بطل خياره كما في بيع العين.

وأما الثاني فنوعان:

أحدهما: سلامة المستأجر عن حدوث عيب به يخل بالانتفاع به فإن حدث به عيب يخل بالانتفاع به لم يبق العقد لازماً حتى لو استأجر عبداً يخدمه أو دابة يركبها أو داراً يسكنها فمرض العبد أو عرجت الدابة أو انهدم بعض بناء الدار فالمستأجر بالخيار إن شاء مضى على الإجارة وإن شاء فسخ بخلاف البيع إذا حدث بالمبيع عيب بعد القبض أنه ليس للمشتري أن يرده لأن الإجارة بيع المنفعة والمنافع تحدث شيئاً فشيئاً فكان كل جزء من أجزاء المنافع معقوداً مبتدأ فإذا حدث العيب بالمستأجر كان هذا عيباً حدث بعد العقد قبل القبض وهذا يوجب الخيار في بيع العين كذا في الإجارة فلا فرق بينهما من حيث المعنى وإذا ثبت الخيار للمستأجر فإن لم يفسخ ومضى على ذلك إلى تمام المدة فعليه كمال الأجرة لأنه رضي بالمعقود عليه مع العيب فيلزمه جميع البدل كما في بيع العين إذا اطلع المشتري على عيب فرضي به وإن زال العيب قبل أن يفسخ بأن صح العبد وزال العرج عن الدابة وبنى المؤاجر ما سقط من الدار بطل خيار المستأجر لأن الموجب للخيار قد زال والعقد قائم فيزول الخيار.

هذا إذا كان العيب مما يضر بالانتفاع بالمستأجر فإن كان لا يضر بالانتفاع به بقي العقد لازماً ولا خيار للمستأجر كالعبد المستأجر إذا ذهبت إحدى عينيه وذلك لا يضر بالخدمة أو سقط شعره أو سقط من الدار المستأجرة حائط لا ينتفع به في سكناها لأن العقد ورد على المنفعة لا على العين إذا الإجارة بيع المنفعة لا بيع العين ولا نقصان في المنفعة بل في العين والعين غير معقود عليها في باب الإجارة وتغير عين المعقود عليه لا يوجب الخيار بخلاف ما إذا كان العيب الحادث مما يضر بالانتفاع، لأنه إذا كان يضر بالانتفاع فالنقصان يرجع إلى المعقود عليه فأوجب الخيار فله أن يفسخ ثم إنما يلي الفسخ إذا كان المؤاجر حاضراً، فإن كان غائباً فحدث بالمستأجر ما يوجب حق الفسخ فليس للمستأجر أن يفسخ، لأن فسخ العقد لا يجوز إلا بحضور العاقدين أو من يقوم مقامهما.

وقال هشام عن محمد: في رجل استأجر أرضاً سنة يزرعها شيئاً ذكره فزرعها فأصاب الزرع آفة من برد أو غيره فذهب به وتأخر وقت زراعة ذلك النوع فلا يقدر أن يزرع قال إن أراد أن يزرع شيئاً غيره مما ضرره على الأرض أقل من ضرره أو مثل ضرره فله ذلك وإلا فسخت عليه الإجارة وألزمته أجر ما مضى لأنه إذا عجز عن زراعة ذلك النوع كان استيفاء الإجارة إضراراً به قال: وإذا نقص الماء عن الرحى حتى صار يطحن أقل من نصف طحنه فذلك عيب لأنه لا يقدر على استيفاء العقد إلا بضرر وهو نقصان الانتفاع.

ولو انهدمت الدار كلها أو انقطع الماء عن الرحى أو انقطع الشرب عن الأرض فقد اختلفت إشارة الروايات فيه: ذكر في بعضها ما يدل على أن العقد ينفسخ فإنه ذكر في إجارة «الأصل» إذا سقطت الدار كلها فله أن يخرج كان صاحب الدار شاهداً أو غائباً فهذا دليل الانفساخ حيث جوز للمستأجر الخروج من الدار مع غيبة المؤاجر، ولو لم تنفسخ توقف جواز الفسخ على حضوره، والوجه فيه أن المنفعة المطلوبة من الدار قد بطلت بالسقوط إذ المطلوب منها الانتفاع بالسكنى وقد بطل ذلك فقد هلك المعقود عليه فينفسخ العقد، وذكر في بعضها ما يدل على أن العقد لا ينفسخ لكن يثبت حق الفسخ فإنه ذكر في كتاب الصلح إذا صالح على سكنى دار فانهدمت لم ينفسخ الصلح. وروى هشام عن محمد فيمن استأجر بيتاً وقبضه ثم انهدم فبناه الآجر، فقال المستأجر بعدما بناه لا حاجة لي فيه، قال محمد ليس للمستأجر ذلك، وكذلك لو قال المستأجر آخذه وأبى الآجر ليس للآجر ذلك، وهذا يجري مجرى النص على أن الإجارة لم تنفسخ ووجهه: أن الدار بعد الانهدام بقيت منتفعاً بها منفعة السكنى في الجملة بأن يضرب فيها خيمة فلم يفت المعقود عليه رأساً فلا ينفسخ العقد على أنه إن فات كله لكن فات على وجه يتصور عوده، وهذا يكفي لبقاء العقد كمن اشترى عبداً فأبق قبل القبض.

والأصل فيه: أن العقد المنعقد بيقين لتوهم الفائدة، لأن الثابت بيقين لا يزول بالشك كما أن غير الثابت بيقين لا يثبت بالشك.

وذكر القدوري وقال: الصحيح أن العقد ينفسخ لما ذكرنا أن المنفعة المطلوبة من الدار قد بطلت وضرب الخيمة في الدار ليس بمنفعة مطلوبة من الدار عادة فلا يعتبر بقاؤه لبقاء العقد، وقال فيما ذكره محمد في البيت إذا بناه المؤاجر إنه لما بناه تبين أن العقد لم ينفسخ حقيقة وإن حكم بفسخه ظاهراً فيجبر على التسليم والقبض وليس يمتنع الحكم بانفساخ عقد في الظاهر مع التوقف في الحقيقة كمن اشترى شاة فماتت في يد البائع فدبغ جلدها أنه يحكم ببقاء العقد بعد الحكم بانفساخه ظاهراً بموت الشاة كذا ههنا، وإذا بقي العقد يجبر على التسليم والتسلم وقبل البناء لا يعلم أن العقد لم ينفسخ حقيقة فيجب العمل بالظاهر.

وذكر محمد: في السفينة إذا نقضت وصارت ألواحاً ثم بناها المؤاجر أنه لا يجبر على تسليمها إلى المستأجر فقد فرق بين السفينة وبين البيت.

ووجه الفرق: أن العقد في السفينة قد انفسخ حقيقة لأن الأصل فيها الصناعة وهي التركيب والألواح تابعة للصناعة بدليل أن من غصب خشبة فعملها سفينة ملكها فكان تركيت الألواح بمنزلة اتخاذ سفينة أخرى فلم يجبر على تسليمها إلى المستأجر بخلاف الدار، لأن عرصة الدار ليست بتابعة للبناء بل العرصة فيها أصل

فإذا بناها فقد بنى تلك الدار بعينها فيجبر على التسليم.

وقال محمد: فيمن استأجر رحى ماء سنة فانقطع الماء بعد ستة أشهر فأمسك الرحى حتى مضت المدة فعليه أجر للستة أشهر الماضية ولا شيء عليه لما بقي، لأن منفعة الرحى قد بطلت فانفسخ العقد. قال: فإن كان البيت ينتفع به لغير الطحن فعليه من الأجر بحصته لأنه بقي شيء من المعقود عليه له حصة في العقد فإذا استوفى لزمه حصته، فإن سلم المؤاجر الدار إلا بيتاً منها ثم منعه رب الدار أو غيره بعد ذلك من البيت فلا أجر على المستأجر في البيت لأنه استوفى بعض المعقود عليه دون بعض فلا يكون عليه حصة ما لم يستوف وللمستأجر أن يمتنع من قبول الدار بغير البيت وأن يفسخ الإجارة إذا حدث ذلك بعد قبضه لأن الصفقة تفرقت في المعقود عليه وهو المنافع وتفرق الصفقة يوجب الخيار.

ولو استأجر داراً أشهراً مسماة فلم تسلم إليه الدار حتى مضى بعض المدة ثم أراد أن يتسلم الدار فيما بقي من المدة فله ذلك وليس للمستأجر أن يأبى ذلك، وكذلك لو كان المستأجر طلبها من المؤاجر فمنعه إياها ثم أراد أن يسلمها فذلك له وليس للمستأجر أن يمتنع، لأن الخيار إنما يثبت بحدوث تفرق الصفقة بعد حصولها مجتمعة والصفقة ههنا حينما وقعت وقعت متفرقة، لأن المنافع تحدث شيئاً فشيئاً فكان كل جزء من المنافع كالمعقود عليه عقداً مبتدأ فكان أول جزء من المنفعة مملوكاً بعقد، والثاني مملوكاً بعقد آخر وما ملك بعقدين فتعذر التسليم في أحدهما لا يؤثر في الآخر، فإن استأجر دارين فسقطت إحداهما أو منعه مانع من إحداهما أو حدث في إحداهما عيب فله أن يتركهما جميعاً، لأن العقد وقع عليهما صفقة واحدة وقد تفرقت عليه فيثبت له الخيار والله عز وجل أعلم.

والثاني: عدم حدوث عذر بأحد العاقدين أو بالمستأجر، فإن حدث بأحدهما أو بالمستأجر عذر لا يبقى العقد لازماً وله أن يفسخ وهذا عند أصحابنا وعند الشافعي[1]: هذا ليس بشرط بقاء العقد لازماً، ولقب المسألة أن الإجارة تفسخ بالأعذار عندنا خلافاً له.

وجه قوله: أن الإجارة أحد نوعي البيع فيكون لازماً كالنوع الآخر وهو بيع الأعيان والجامع بينهما أن العقد انعقد باتفاقهما فلا ينفسخ إلا باتفاقهما.

ولنا: أن الحاجة تدعو إلى الفسخ عند العذر، لأنه لو لزم العقد عند تحقق العذر للزم صاحب العذر ضرر لم يلتزمه بالعقد لما نذكر في تفصيل الأعذار الموجبة للفسخ فكان الفسخ في الحقيقة امتناعاً من التزام الضرر وله ولاية ذلك وقد خرج الجواب عن قوله إن هذا بيع لأنا نقول نعم لكنه عجز عن المضي في موجبه إلا بضرر يلحقه لم يلتزمه بالعقد فكان محتملاً للفسخ في هذه الحالة كما في بيع العين إذا اطلع المشتري على عيب بالمبيع وكما لو حدث عيب بالمستأجر. وكذا عن قوله العقد انعقد باتفاقهما فلا ينفسخ إلا باتفاقهما أن هذا هكذا إذا لم يعجز عن المضي على موجب العقد إلا بضرر غير مستحق بالعقد وقد عجز ههنا فلا يشترط التراضي على الفسخ كما في بيع العين وحدوث العيب بالمستأجر ثم إنكار الفسخ عند تحقق العذر خروج عن العقل والشرع لأنه يقتضي أن من اشتكى ضرسه فاستأجر رجلاً ليقلعها فسكن الوجع يجبر

---

(١) «الأم» (٤/ ٣٠).

على القلع ومن وقعت في يده آكلة فاستأجر رجلاً ليقطعها فسكن الوجع ثم برأت يده يجبر على القطع وهذا قبيح عقلاً وشرعاً.

وإذا ثبت أن الإجارة تفسخ بالأعذار فلا بد من بيان الأعذار المثبتة للفسخ على التفصيل فنقول وبالله التوفيق إن العذر قد يكون في جانب المستأجر وقد يكون في جانب المؤاجر وقد يكون في جانب المستأجر.

أما الذي في جانب المستأجر فنحو أن يفلس فيقوم من السوق أو يريد سفراً أو ينتقل من الحرفة إلى الزراعة أو من الزراعة إلى التجارة أو ينتقل من حرفة إلى حرفة لأن المفلس لا ينتفع بالحانوت فكان في إبقاء العقد من غير استيفاء المنفعة إضرار به ضرراً لم يلتزمه العقد فلا يجبر على عمله وإذا عزم على السفر ففي ترك السفر مع العزم عليه ضرر به وفي إبقاء العقد مع خروجه إلى السفر ضرر به أيضاً لما فيه من لزوم الأجرة من غير استيفاء المنفعة والانتقال من عمل لا يكون إلا للإعراض عن الأول ورغبته عنه فإن منعناه عن الانتقال أضررنا به وإن أبقينا العقد بعد الانتقال لألزمناه الأجرة من غير استيفاء المنفعة وفيه ضرر به، ولو أراد أن ينتقل من حانوت إلى حانوت ليعمل ذلك العمل بعينه في الثاني لما أن الثاني أرخص وأوسع عليه لم يكن ذلك عذراً لأنه يمكنه استيفاء المنفعة من الأول من غير ضرر وإنما بطلت زيادة المنفعة وقد رضي بالقدر الموجود منها في الأول.

وعلى هذا إذا استأجر رجلاً لما لا يصل إلى الانتفاع به من غير ضرر يدخل في ملكه أو بدنه ثم بدا له أن يفسخ الإجارة بأن استأجر رجلاً ليقصر له ثياباً أو ليقطها أو يخيطها أو يهدم داراً له أو يقطع شجراً له أو ليقلع ضرسه أو ليحجم أو ليفصد أو ليزرع أرضاً أو يحدث في ملكه شيئاً من بناء أو تجارة أو حفر ثم بدا له أن لا يفعل فله أن يفسخ الإجارة ولا يجبر على شيء من ذلك لأن القصارة والقطع نقصان عاجل في المال بالغسل والقطع وفيه ضرر وهدم الدار وقطع الشجر إتلاف المال والزراعة إتلاف البذر وفي البناء إتلاف الآلة وقلع الضرس والحجامة والفصد إتلاف جزء من البدن، وفيه ضرر به إلا أنه استأجره لها لمصلحة تأملها تربو على المضرّة فإذا بدا له علم أنه لا مصلحة فيه فبقي الفعل ضرراً في نفسه فكان له الامتناع من الضرر بالفسخ إذ الإنسان لا يجبر على الإضرار بنفسه.

وكذلك لو استأجر إبلاً إلى مكة ثم بدا للمستأجر أن لا يخرج فله ذلك ولا يجبر على السفر لأنه لما بدا له علم أن السفر ضررٌ فلا يجبر على تحمل الضرر وكذا كل من استأجر دابة ليسافر ثم قعد عن السفر فله ذلك لما قلنا.

وقد قالوا: إن الجمّال إذا قال للحاكم: إن هذا لا يريد أن يترك السفر، وإنما يريد أن يفسخ الإجارة، قال له الحاكم: انتظِرْه فإن خرج ثم قفل الجمال معه فإذا فعلت ذلك فلك الأجر.

فإن قال صاحب الدار للحاكم: إن هذا لا يريد سفراً وإنما يقول ذلك ليفسخ الإجارة استحلفه الحاكم بالله عز وجل أنه يريد السفر الذي عزم عليه لأنه يدعي سبب الفسخ وهو إرادة السفر ولا يمكنه إقامة البينة عليه فلا يقبل قوله إلا مع يمينه.

وقالوا: لو خرج من المصر فراسخ ثم رجع، فقال صاحب الدار إنما أظهر الخروج لفسخ الإجارة وقد

عاد استحلفه الحاكم بالله عز وجل لقد خرج قاصداً إلى الموضع الذي ذكر لأن المؤاجر يدعي أن الفسخ وقع بغير عذر وهو عزم السفر إلى موضع معلوم ولا يمكنه إقامة البينة عليه، لأن عزم المستأجر لا يعلم إلا من جهته فكان القول قوله مع يمينه.

وأما الجَمّال إذا بدا له من الخروج فليس له أن يفسخ الإجارة لأن خروج الجمال مع الجمال ليس بمستحق بالعقد فإن له أن يبعث غيره مع الجمال فلا يكون قعوده عذراً بخلاف خروج المستأجر، لأن غرضه يتعلق بخروجه بنفسه فكان قعوده عذراً.

ولو استأجر رجلاً ليحفر له بئراً فحفر بعضها فوجدها صلبة أو خرج حجراً أو وجدها رخوة بحيث يخاف التلف كان عذراً لأنه يعجز عن المضي في موجب العقد إلا بضرر لم يلتزمه.

وقال هشام عن أبي يوسف في امرأة ولدت يوم النحر قبل أن تطوف فأبى الجمال أن يقيم قال: هذا عذر، لأنه لا يمكنها الخروج من غير طواف ولا سبيل إلى إلزام الجمال للإقامة مدة النِّفاس، لأنه يتضرر به إذ هي مدة ما جرت العادة بإقامة القافلة قدرها فيجعل عذراً في فسخ الإجارة، وإن كانت قد ولدت قبل ذلك وقد بقي من مدة نفاسها كمدة الحيض أو أقل أجبر الجمال على المقام معها لأن هذه المدة قد جرت العادة بمقام الحاج فيها بعد الفراغ من الحج.

وأما الذي هو في جانب المؤاجر فنحو أن يلحقه دين فادح لا يجد قضاءه إلا من ثمن المستأجر من الإبل والعقار ونحو ذلك إذا كان الدين ثبتَ قبل عقد الإجارة بالبينة أو بالإقرار أو ثبت بالبينة بعد عقد الإجارة، ولو ثبت بعد عقد الإجارة بالإقرار فكذلك عند أبي حنيفة، وأما عندهما فالدين الثابت بالإقرار بعد عقد الإجارة لا تفسخ به الإجارة لأنه متّهم في هذا الإقرار.

ولأبي حنيفة: أن الظاهر أن الإنسان لا يقرّ بالدين على نفسه كاذباً، وهذا العذر من جانب المؤاجر بناء على أن بيع المؤاجر لا ينفذ عندنا من غير إجازة المستأجر خلافاً للشافعي على ما نذكره، وإذا لم يجز البيع مع عقد الإجارة جعل الدين عذراً في فسخ الإجارة، لأن إبقاء الإجارة مع لحوق الدين الفادح العاجل إضرار بالمؤاجر، لأنه يحبس به، ولا يجوز الجبر على تحمل ضرر غير مستحق بالعقد.

فإن قيل: كيف يحبسه القاضي وهو غير قادر على قضاء الدين بالمؤاجر لتعَلُّق حق المستأجر به فينبغي أن لا يحبسه القاضي فالجواب أن القاضي لا يصدقه أنه لا مال له سوى المؤاجر فيحبسه إلى أن يظهر حاله وفي الحبس ضرر على أنه وإن لم يكن له مال آخر غير المؤاجر لكن حق المستأجر إنما تعلق بالمنفعة لا بالعين وقضاء الدين يكون من بدل العين وهو الثمن فيحبس حتى يبيع.

وكذلك لو اشترى شيئاً فأجره ثم اطلع على عيب به له أن يفسخ الإجارة ويرده بالعيب على بائعه، وإن رضي المستأجر بالعيب ويجعل حق الرد بالعيب عذراً له في فسخ الإجارة، لأنه لا يقدر على استيفائها إلا بضرر وهو التزام المبيع المعيب، ولو أراد المؤاجر السفر أو النقلة عن البلد وقد أجر عقاراً له فليس ذلك بعذر لأن استيفاء منفعة العقار مع غيبته لا ضرر عليه فيه.

قال أبو يوسف: إن مرض المؤاجر أو أصاب إبلَه داءٌ فله أن يفسخ إذا كانت بعينها، أما إذا أصاب الإبل

داء فلأن استعمال الدابة مع ما بها من الداء إجحاف بها وفيه ضرر بصاحبها والضرر لا يستحق بالعقد فيثبت له حق الفسخ وكذا المستأجر لأن المنافع تنقص بمرض الإبل فصار ذلك عيباً فيها.

وأما مرض الجَمّال فظاهر رواية الأصل يقتضي أن لا يكون عذراً، لأن أثر المرض في المنع من الخروج، وخروج الجمال بنفسه مع الجمال غير مستحق بالعقد.

وأما وجه رواية أبي يوسف وهو الفرق بين مرض الجمال وبين قعوده أن الجمال يقوم على جماله بنفسه، فإذا مرض لا يقوم غيره مقامه إلا بضرر وليس كذلك إذا بدا له من الخروج لأنه يقدر على الخروج، فإذا ترك ذلك باختياره كان عليه أن يقيم غيره مقامه.

ولو أجر صانع من الصناع أو عامل من العمال نفسه لعمل أو صناعة ثم قال بدا لي أن أترك هذا العمل وأنتقل منه إلى غيره، قال محمد: إن كان ذلك من عمله بأن كان حجاماً فقال قد أنفت من عملي وأريد تركه لم يكن له ذلك، ويقال أوفِ العملَ ثم انتقل إلى ما شئتَ من العمل، لأن العقد قد لزمه ولا عارَ عليه فيه لأنه من أهل تلك الحرفة فهو بقوله: أريد أن أتركه يريد أن يدفع عنه في الحال ويقدر على ذلك بعد انقضاء العمل، وإن كان ذلك العمل ليس من عمله وصنعته بل أسلم نفسه فيها وذلك مما يعاب به أو كانت امرأة أجرت نفسها ظئراً وهي ممن تعاب بذلك فلأهلها أن يخرجوها.

وكذلك إن أبت هي أن ترضعه لأن من لا يكون من أهل الصنائع الدنيئة إذا دخل فيها يلحقه العار، فإذا أراد الترك فهو لا يقدر على إيفاء المنافع إلا بضرر، وكذلك الظئر إذا لم تكن ممن يُرضع مثلُها فلأهلها الفسخ لأنهم يعيَّرون بذلك وفي المثل السائر: تجوع الحرة ولا تأكل بثدييها، فإن لم يمكن إيفاء العقد إلا بضرر فلا يقدر على تسليم المنفعة إلا بضرر، بخلاف ما إذا زوجت نفسها من غير كفء إنه لا يثبت لها حق الفسخ ويثبت للأولياء، لأن النكاح لا يفسخ بالعذر فقد لزمها العقد والإجارة تنفسخ بالعذر، وإن وقعت لازمةً.

ولو انهدم منزل المؤاجر ولم يكن له منزل آخر سوى المنزل المؤاجرِ فأراد أن ينقض الإجارة ويسكنها ليس له ذلك، لأنه يمكنه أن يستأجر منزلاً آخر أو يشتري فلا ضرورة إلى فسخ الإجارة، وكذا إذا أراد التحول من المصر، لأنه يمكنه أن يترك المنزل في الإجارة، ويخرج بخلاف المستأجر إذا أراد أن يخرج لما ذكرنا.

ولو اشترى المستأجر منزلاً فأراد التحول إليه لم يكن ذلك عذراً لأنه يمكنه أن يؤاجر دارَ نفسِه فشراؤه داراً أخرى أو وجود دار أخرى لا يوجب عذراً في الدار المستأجرة والله عز وجل أعلم.

وأما الذي هو في جانب المستأجر فمنها عتق العبد المستأجر فإنه عذر في فسخ الإجارة حتى لو أجّر رجلٌ عبده سنة، فلما مضت ستة أشهر أعتقه فهو بالخيار إن شاء مضى على الإجارة، وإن شاء فسخ.

أما العتق فلا شك في نفاذه لصدور الإعتاق من الأهل في المحل المملوك المرقوق والعارض وهو حق المستأجر لا يؤثر إلا في المنع من التسليم ونفاذ العتق لا يقف على إمكان التسليم بدليل أن إعتاق الآبق نافذ.

وأما الخيار فلأن العقد على المنافع ينعقد شيئاً فشيئاً على حسب حدوثها فيصير بعد الحرية كأنه عقد

عليه ابتداءً فكان له خيار الإجارة والفسخ، فإن فسخ بطل العقد فيما بقي وسقط عن المستأجر الأجر فيما بقي وكان أجر ما مضى للمولى لأنها بدل منفعة استوفيت على ملك بعقده، وإن أجاز ومضى على الإجارة فالأجرة فيما يستقبل إلى تمام السنة تكون للعبد، لأنها بدل منفعة استُوفيت بعد الحرية فكانت له كما لو أجر نفسه من إنسان بغير إذن مولاه فأعتقه المولى في المدة فلا خيار له، بخلاف العبد المأذون إذا أجر نفسه بعد الحرية، فإن اختار الإجارة لم يكن له أن ينقضها بعد ذلك لأنه باختيار الإجارة أبطل حق الفسخ فلا يحتمل العَوْد وقبض الأجرة كلها للمولى وليس للعبد أن يقبض الأجرة إلا بوكالة من المولى، لأن العاقد هو المولى وحقوق العقد ترجع إلى العاقد، هذا إن لم يكن المستأجر عجّل الأجرة ولا شرط المولى عليه التعجيل فإن كان عجل أو شرط عليه التعجيل فأُعتق العبد واختار المضيَّ على الإجارة فالأجرة كلها للمولى لأنه ملكها بالتعجيل أو باشتراط التعجيل.

وإن اختار الفسخ يردّ النصف إلى المستأجر، لأن الأجرة بمقابلة المنفعة ولم يسلّم له إلا منفعة نصف المدة، وسواء كان المولى أجّره بنفسه أو أذن للعبد أن يؤاجر نفسه سنة فأجر ثم أعتقه المولى في نصف المدة، لأن عقده بإذن المولى كعقد المولى بنفسه إلا إن قبض الأجرة ثم أعتقه المولى في المدة، لأن إجارة المحجور وقعت فاسدة وخيار الإمضاء في العقد الفاسد لا يثبت شرعاً فبطل العقد بنفس الإعتاق، بخلاف المأذون.

ومنها: بلوغ الصبي المستأجر آجره أبوه أو وصيّ أبيه أو جده أو وصيّ جده أو القاضي أو أمينه فبلغ في المدة فهو عذر إن شاء أمضى الإجارة، وإن شاء فسخ، لأن في إبقاء العقد بعد البلوغ ضرراً بالصبي لما بينا فيما تقدم فيعجز عن المضي في موجب العقد إلا بضرر لم يلتزمه فكان عذراً.

ولو أجر واحد من هؤلاء شيئاً من ماله فبلغ قبل تمام المدة لا خيار له، والفرق بين إجارة النفس والمال ذكره في كتاب البيوع أن إجارة ماله تصرف نظر في حقه فلا يملك إبطاله بالبلوغ، فأما إجارة النفس فهو في وضعها إضرار وإنما يملكها الولي أو الوصي من حيث هي تأديب وقد انقطعت ولاية التأديب بالبلوغ، فأما غلاء أجر المثل فليس بعذر تنفسخ به الإجارة إلا في إجارة الوقف حتى لو آجر داراً هي ملكه ثم غلا أجر مثل الدار ليس له أن يفسخ العقد إلا في الوقف فإنه يفسخ نظراً للوقف ويجدد العقد في المستقبل على أجرة معلومة وفيما مضى يجب المسمى بقدره، وقيل هذا إذا ازداد أجر مثل الدور.

فأما إذا جاء واحد وزاد في الأجرة تعنتاً على المستأجر الأول فلا يعتبر ذلك ثم إنما تفسخ هذه الإجارة إذا أمكن الفسخ، فأما إذا لم يمكن فلا تفسخ بأن كان في الأرض زرع لم يستحصد، لأن في القلع ضرراً بالمستأجر فلا تفسخ بل تترك إلى أن يستحصد الرزع بأجر المثل فإلى وقت الزيادة يجب المسمى بقدره وبعد الزيادة إلى أن يستحصد يجب أجر المثل هذا إذا غلا أجر مثل الوقف، فأما إذا رخص فإن الإجارة لا تفسخ، لأن المستأجر رضي بذلك القدر وزيادة ولأن الفسخ في الوقف عند الغلاء لمعنى النظر للوقف وفي هذا ضرر فلا تفسخ.

وأما العذر في استئجار الظئر فنحو أن لا يأخذ الصبي من لبنها لأنه لم يحصل بعض ما دخل تحت

العقد أو بقي من لبنها، لأن الصبي يتضرر به أو تحبل الظئر لأن لبن الحامل يضرّ بالصبي أو تكون سارقة لأنهم يخافون على متاعهم أو تكون فاجرةً بينة الفجور لأنها تتشاغل بالفجور عن حفظ الصبي أو أرادوا أن يسافروا بصبيهم وأبت الظئر أن تخرج معهم لأن في إلزامهم ترك المسافرة إضراراً بهم وفي إبقاء العقد بعد السفر إضراراً أيضاً أو تمرض الظئر، لأن الصبي يتضرر بلبن المريضة والمرأة تتضرر بالإرضاع في المرض أيضاً فيثبت حق الفسخ من الجانبين، فإن كانوا يؤذونها بألسنتهم أمروا أن يكفوا عنها فإن لم يكفوا كان لها أن تخرج، لأن الأذيّة محظورةٌ فعليهم تركها، فإن لم يتركوها كان في إبقاء العقد ضرر غير ملتزم بالعقد فكان عذراً وللزوج أن يخرجها من الرضاع إن لم تكن الإجارة برضاه.

وقيل: هو على التفصيل إن كان ممن يشينه أن ترضع زوجته فله الفسخ لأنه يعيَّر بذلك فيتضرر به، وإن كان ممن لا يشينه ذلك لم يكن له أن يفسخ، لأن المملوك بالنكاح منافع بضعها لا منافع ثديها فكانت هي بالإجارة متصرفة في حقها، وقيل له الفسخ في الوجهين لأنها إن أرضعت الصبي في بيتهم فللزوج أن يمنعها من الخروج من منزله، وإن أرضعت في بيته فله أن يمنعها من إدخال الصبي إلى بيته ثم إذا اعترض شيء من هذه الأعذار التي وصفناها فالإجارة تنفسخ بنفسه أو تحتاج إلى الفسخ.

قال بعض مشايخنا: تنفسخ بنفسها، وقال بعضهم: لا تنفسخ، والصواب أنه ينظر إلى العذر إن كان يوجب العجز عن المضيّ في موجب العقد شرعاً بأن كان المضي فيه حراماً فالإجارة تنتقض بنفسها كما في الإجارة على قلع الضرس إذا اشتكت ثم سكنت وعلى قطع اليد المتآكلة إذا برأت ونحو ذلك، وإن كان العذر بحيث لا يوجب العجز عن ذلك لكنه يتضمن نوع ضرر لم يوجبه العقد لا ينفسخ إلا بالفسخ، وهل يحتاج فيه إلى فسخ القاضي أو التراضي، ذكر في الأصل، وفي «**الجامع الصغير**» أنه لا يحتاج إليه بل للعاقد فسخها.

وذكر في «**الزيادات**»: أنها لا تنفسخ إلا بفسخ القاضي أو التراضي، وجه ما ذكر في «**الزيادات**» أن هذا خيار ثبت بعد تمام العقد فأشبه الردّ بالعيب بعد القبض، وجه المذكور في «**الأصل**» و «**الجامع الصغير**» أن المنافع في الإجارة لا تملك جملة واحدة بل شيئاً فشيئاً فكان اعتراض العذر فيها بمنزلة عيب حدث قبل القبض والعيب الحادث قبل القبض في باب البيع يوجب للعاقد حق الفسخ ولا يقف ذلك على القضاء والرضا كذا هذا.

ومن مشايخنا من فصّل فيه تفصيلاً فقال إن كان العذر ظاهراً لا حاجة إلى القضاء، وإن كان خفياً كالدين يشترط القضاء ليظهر العذر فيه ويزول الاشتباه وهذا حسن، وينبغي أن يبيع المستأجر ثم يفسخ الإجارة.

فصل: وأما صفة الإجارة فالإجارة عقد لازم إذا وقعت صحيحةً عريّةً عن خيار الشرط والعيب والرؤية، عند عامة العلماء فلا تفسخ من غير عذر، وقال شريح: إنها غير لازمة وتفسخ بلا عذر لأنها إباحة المنفعة فأشبهت الإعارة.

ولنا أنها تمليك المنفعة بعوض فأشبهت البيع؛ وقال سبحانه وتعالى: ﴿أَوْفُوا بِالعُقُوْدِ﴾[1]، والفسخ ليس من الإيفاء بالعقد.

---

(١) سورة المائدة، الآية: (١).

وقال عمر رضي الله عنه البيع صفقة أو خيار جعل البيع نوعين: نوعاً لا خيار فيه ونوعاً فيه خيار والإجارة بيعٌ فيجب أن تكون نوعين: نوعاً ليس فيه خيار الفسخ؛ ونوعاً فيه خيار الفسخ؛ ولأنها معاوضة عقدت مطلقةً فلا ينفرد أحد العاقدين فيها بالفسخ إلا عند العجز عن المضي في موجب العقد من غير تحمل ضرر كالبيع.

فصل: وأما حكم الإجارة فالإجارة لا تخلو إما إن كانت صحيحة؛ وأما إن كانت فاسدة؛ وأما إن كانت باطلة؛ أما الصحيحة فلها أحكام بعضها أصلي وبعضها من التوابع؛ أما الحكم الأصلي فالكلام فيه في ثلاث مواضع؛ في بيان أصل الحكم وفي بيان وقت ثبوته؛ وفي بيان كيفية ثبوته.

أما الأول: فهو ثبوت الملك في المنفعة للمستأجر وثبوت الملك في الأجرة المسماة للآجر لأنها عقد معاوضة إذ هي بيع المنفعة والبيع عقد معاوضة فيقتضي ثبوت الملك في العوضين.

وأما وقت ثبوته: فالعقد لا يخلو: إما إن كان عقه مطلقاً عن شرط تعجيل الأجرة، وإما إن شرط فيه تعجيل الأجرة أو تأجيلها، فإن عقد مطلقاً فالحكم يثبت في العوضين في وقت واحد فيثبت الملك للمؤاجر في الأجرة وقت ثبوت الملك للمستأجر في المنفعة، وهذا قول أصحابنا.

وقال الشافعي[1]: حكم الإجارة المطلقة هو ثبوت الملك في العوضين عقيب العقد بلا فصل، وأما كيفية ثبوت حكم العقد فعندنا يثبت شيئاً فشيئاً على حسب حدوث محله وهو المنفعة لأنها تحدث شيئاً فشيئاً، وعنده تجعل المدة موجودة تقديراً كأنها أعيان قائمة ويثبت الحكم فيها في الحال، وعلى هذا يبنىٰ أن الأجرة لا تملك بنفس العقد المطلق عندنا وعنده تملك.

وجه قوله: أن الإجارة عقد معاوضة وقد وجدت مطلقة والمعاوضة المطلقة تقتضي ثبوت الملك في العوضين عقيب العقد كالبيع إلا أن الملك لا بد له من محل يثبت فيه منافع المدة معلومة في الحال حقيقة فتجعل موجودة حكماً تصحيحاً للعقد وقد يجعل المعدوم حقيقة موجوداً تقديراً عند تحقق الحاجة والضرورة.

ولنا: أن المعاوضة المطلقة إذا لم يثبت الملك فيها في أحد العوضين لا يثبت في العوض الآخر إذ لو ثبت لا يكون معاوضة حقيقة لأنه لا يقابله عوض، ولأن المساواة في العقود المطلقة مطلوب العاقدين ولا مساواة إذا لم يثبت الملك في أحد العوضين، والملك لم يثبت في أحد العوضين وهو منافع المدة لأنها معدومة حقيقة فلا تثبت في الأجرة في الحال تحقيقاً للمعاوضة المطلقة في أي وقت تثبت فقد كان أبو حنيفة أولاً يقول إن الأجرة لا تجب إلا بعد مضي المدة مثل استئجار الأرض سنة أو عشر سنين، وهو قول زفر، ثم رجع هنا فقال تجب يوماً فيوماً وفي الإجارة على المسافة مثل أن استأجر بعيراً إلى مكة ذاهباً وجائياً كان قوله الأول إنه لا يلزمه تسليم الأجر حتى يعود، وهو قول زفر، ثم رجع وقال يسلم حالاً فحالاً.

وذكر الكرخي: أنه يسلم أجرة كل مرحلةٍ إذا انتهى إليها وهو قول أبي يوسف ومحمد، وجه قول

---

(١) انظر «الأم» (٤/ ٢٥).

أبـي حنيفة الأول أن منافع المدة أو المسافة من حيث إنها معقود عليها شيء واحد فما لم يستوفها كلها لا يجب شيء من بدلها كمن استأجر خياطاً يخيط ثوباً فخاط بعضه أنه لا يستحق الأجرة حتى يفرغ منه، وكذا القصار والصباغ.

وجه قوله الثاني وهو المشهور أنه ملك البدل وهو المنفعة وإنها تحدث شيئاً فشيئاً على حسب حدوث الزمان فيملكها شيئاً فشيئاً على حسب حدوثها فكذا ما يقابلها فكان ينبغي أن يجب عليه تسليم الأجرة ساعةً فساعةً إلا أن ذلك متعذِّر فاستحسن فقال يوماً فيوماً ومرحلةً فمرحلةً لأنه لا يعذر فيه، وروي عن أبـي يوسف فيمن استأجر بعيراً إلى مكة أنه إذا بلغ ثلث الطريق أو نصفه أعطي من الأجر بحسابه استحساناً، وذكر الكرخي أن هذا قول أبـي يوسف الأخير ووجهه أن السيرَ إلى ثلث الطريق أو نصفه منفعةٌ مقصودة في الجملة، فإذا وجد ذلك القدر يلزمه تسليم بدله.

وعلى هذا يخرج ما إذا أبرأ المؤاجر المستأجر من الأجر أو وهبه له أو تصدق به عليه إن ذلك لا يجوز في قول أبـي يوسف الأخير عيناً كان الأجر أو ديناً، وقال محمد: إن كان ديناً جاز.

وجه قول أبـي يوسـف ظاهر خارج على الأصل وهو أن الأجرة لم يملكها المؤاجر في العقد المطلق عن شرط التعجيل والإبراء عما ليس بمملوك المبرىء لا يصح بخلاف الدين المؤجل، لأنه مملوك وإنما التأجيل لتأخير المطالبة فيصح الإبراء عنه وهبة غير المملوك لا تصح.

وجه قول محمد: أن الإبراء لا يصح إلا بالقبول فإذا قبل المستأجر فقد قصدا صحة تصرفهما ولا صحة إلا بالملك فيثبت الملك مقتضى التصرف تصحيحاً له كما في قول الرجل لغيره أعتق عبدك عني على ألف درهم فقال: أعتقت والإبراء إسقاط وإسقاط الحق بعد وجود سبب الوجوب جائز كالعفو عن القصاص بعد الجرح قبل الموت وسبب الوجوب ههنا موجود وهو العقد المنعقد، والجواب أنه إن كان يعني بالانعقاد في حق الحكم فهو غير منعقد في حق الحكم بلا خلاف بين أصحابنا، وإن كان يعني شيئاً آخر فهو غير معقول؛ ولو أبرأه عن بعض الأجرة أو وهب منه جاز في قولهم جميعاً.

أما على أصل محمد فظاهر لأنه يجوز ذلك عنده في الكل فكذا في البعض، وأما على أصل أبـي يوسف فلأن ذلك حطٌّ بعض الأجرة فيلحق الحط بأصل العقد فيصير كما لو وجد في حال العقد بمنزلة هبةِ بعض الثمن في البيع وحط الكل لا يمكن إلحاقه بأصل العقد ولا سبيل إلى تصحيحه للحال لعدم الملك، وأما إذا كانت الأجرة عيناً من الأعيان فوهبها المؤاجر للمستأجر قبل استيفاء المنافع، فقد قال أبو يوسف: إن ذلك لا يكون نقضاً للإجارة.

وقال محمد: إن قبل المستأجرُ الهبةَ بطلت الإجارة وإن ردها لم تبطل، أما أبو يوسف فقد مرّ على الأصل أن الهبة لم تصح لعدم الملك فالتحقت بالعدم كأنها لم توجد رأساً بخلاف المشتري إذا وهب المبيع من بائعه قبل القبض وقَبِلَهُ البائع إن ذلك يكون نقضاً للبيع، لأن الهبة هناك قد صحت لصدورها من المالك فثبت الملك للبائع فانفسخ البيع.

وأما محمد فإنه يقول: الأجرة إذا كانت عيناً كانت في حكم المبيع؛ لأن ما يقابلها هو في حكم الأعيان؛

والمشتري إذا وهب المبيع قبل القبض من البائع فقبله البائع يبطل البيع؛ كذا هذا. وإذا ردّ المستأجر الهبة لا تبطل الإجارة؛ لأن الهبة لا تتم إلا بالقبول فإذا رد بطلت والتحقت بالعدم.

وعلى هذا إذا صارف المؤاجر المستأجر بالأجرة فأخذ بها ديناراً بأن كانت الأجرة دراهم إن العقد باطل عند أبي يوسف في قوله الأخير؛ وكان قوله الأول إنه جائز، وهو قول محمد.

فأبو يوسف مر على الأصل فقال: الأجرة لم تجب بعقد الإجارة وما وجب بعقد الصرف لم يوجد فيه التقابض في المجلس فيبطل العقد فيه، كمن باع ديناراً بعشرة فلم يتقابضا، ولأنه يشتري الدينار بدراهم في ذمته ثم يجعلها قصاصاً بالأجرة ولا أجرة له فيبقى ثمن الصرف في ذمته، فإذا افترقا قبل القبض بطل الصرف، ومحمد يقول: إذا لم يجز الصرف إلا ببدل واجب ولا وجوب إلا بشرط التعجيل ثبت الشرط مقتضى إقدامهما على الصرف

ولو شرطا تعجيل الأجرة ثم تصارفا جاز، كذا هذا. ولو اشترى المؤاجِر من المستأجر عيناً من الأعيان بالأجرة جاز في قولهم، لأن العقد على الأعيان والهبة جائزان فالرهن والكفالة أولى.

وأما على أصل أبي يوسف فأما الكفالة فلأن جوازها لا يستدعي قيام الدين للحال؛ بدليل أنه لو كفل بما يذوب له على فلان جازت، وكذلك الكفالة بالدرك جائزة وكذلك الرهن بدين لم يجب جائز كالرهن بالثمن في البيع المشروط فيه الخيار، ولأن الكفالة والرهن شُرِعَا للتوثق والتوثق ملائم للأجر، هذا إذا وقع العقد مطلقاً عن شرط تعجيل الأجرة، فأما إذا شرط في تعجيلها ملكت بالشرط ووجب تعجيلها.

فالحاصل: أن الأجرة لا تملك عندنا إلا بأحد معان ثلاثة:

أحدها: شرط التعجيل في نفس العقد.

والثاني: التعجيل من غير شرط.

والثالث: استيفاء المعقود عليه.

أما ملكها بشرط التعجيل فلأن ثبوت الملك في العوضين في زمان واحد لتحقيق معنى المعاوضة المطلقة وتحقيق المساواة التي هي مطلوب العاقدين؛ ومعنى المعاوضة والمساواة لا يتحقق إلا في ثبوت الملك فيهما في زمان واحد؛ فإذا شرط التعجيل فلم توجد المعاوضة المطلقة بل المقيدة بشرط التعجيل فيجب اعتبار شرطهما لقوله ﷺ: «**المُسْلِمُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ**»[1] فيثبت الملك في العوض قبل ثبوته في المعوض؛ ولهذا صح التعجيل في ثمن المبيع؛ وإن كان إطلاق العقد يقتضي الحلول كذا هذا؛ وللمؤجر حبس ما وقع عليه العقد حتى يستوفي الأجرة كذا ذكر الكرخي في «**جامعه**»؛ لأن المنافع في باب الإجارة كالمبيع في باب البيع والأجرة في الإجارات كالثمن في البياعات؛ وللبائع حبس المبيع إلى أن يستوفي الثمن فكذا للمؤاجِر حبس المنافع إلى أن يستوفي الأجرة المعجلة.

فإن قيل: لا فائدة في هذا الحبس لأن الإجارة إذا وقعت على مدةٍ فإذا حبس المستأجر مدة بطلت

(١) تقدم تخريجه.

الإجارة في تلك المدة ولا شيء فيها من الأجرة فلم يكن الحبس مفيداً.

فالجواب: إن الحبس مفيد لأنه يحبس ويطالب بالأجرة فإن عجّل وإلا فسخ العقد فكان في الحبس فائدة؛ على أن هذا لا يلزم في الإجارة على المسافة بأن أجر دابة مسافة معلومة؛ لأن العقد ههنا لا يبطل بالحبس وكذا هذا، ويبطل ببيع ما يتسارع إليه الفساد كالسمك الطري ونحوه إذ للبائع حبسه حتى يستوفي الثمن وإن كان يؤدي إلى إبطال البيع بهلاك المبيع قبل القبض، وإن وقع الشرط في عقد الإجارة على أن لا يسلِّم المستأجر الأجر إلا بعد انقضاء مدة الإجارة فهو جائز.

وأما على قول أبي حنيفة الأول فظاهر، لأن الأجرة لا تجب إلا في آخر المدة، فإذا شرط كان هذا شرطاً مقرِّراً مقتضى العقد فكان جائزاً. وأما على قوله الآخر فالأجرة وإن كانت تجب شيئاً فشيئاً فقد شرط تأجيل الأجرة؛ والأجرة كالثمن فتحتمل التأجيل كالثمن.

وأما إذا عجّل الأجرة من غير شرط فلأنه لما عجل الأجرة فقد غيّر مقتضى مطلق العقد وله هذه الولاية، لأن التأخير ثبت حقاً له فيملك إبطاله بالتعجيل كما لو كان عليه دين مؤجل فعجله، ولأن العقد سبب استحقاق الأجرة فالاستحقاق وإن لم يثبت فقد انعقد سببه، وتعجيل الحكم قبل الوجوب بعد وجود سبب الوجوب جائز كتعجيل الكفارة بعد الجرح قبل الموت.

وأما إذا استوفى المعقود عليه فلأنه يملك المعوض فيملك المؤاجر العوض في مقابلته تحقيقاً للمعاوضة المطلقة وتسوية بين العاقدين في حكم العقد المطلق، وعلى هذا الأصل تبنى الإجارة المضافة إلى زمان في المستقبل بأن قال أجرتك هذه الدار غداً أو رأس شهر كذا؛ أو قال أجرتك هذه الدار سنة أولها غرة شهر رمضان أنها جائزة في قول أصحابنا، وعند الشافعي: لا تجوز.

وجه البناء: أن الإجارة بيع المنفعة وطريق جوازها عنده أن يجعل منافع المدة موجودة تقديراً عقيب العقد تصحيحاً له، إذ لا بد وأن يكون محل حكم العقد موجوداً ليمكن إثبات حكمه فيه، فجعلت المنافع موجودة حكماً كأنها أعيان قائمة بنفسها، وإضافة البيع إلى عين ستوجد لا تصح كما في بيع الأعيان حقيقة. وأما عندنا فالعقد ينعقد شيئاً فشيئاً على حسب حدوث المعقود عليه شيئاً فشيئاً وهو المنفعة، فكان العقد مضافاً إلى حين وجود المنفعة من طريق الدلالة، فالتنصيص على الإضافة يكون مقرراً مقتضى العقد؛ إلا أنا جوزنا الإضافة في الإجارة دون البيع للضرورة؛ لأن المنفعة حال وجودها لا يمكن إنشاء العقد عليها فدعت الضرورة إلى الإضافة؛ ولا ضرورة في بيع العين لإمكان إيقاع العقد عليها بعد وجودها لكونها محتملة للبقاء فلا ضرورة إلىٰ الإضافة؛ وطريقنا أولى لأن جعل المعدوم موجوداً تقدير للمحال، وتقدير المحال محال ولا إحالة في الإضافة إلى زمان في المستقبل فإن كثيراً من التصرفات تصح مضافة إلى المستقبل كالطلاق والعتاق ونحوهما فكان الصحيح ما قلنا.

وأما الأحكام التي هي من التوابع فكثيرة بعضها يرجع إلى الآجر والمستأجر مما عليهما ولهما وبعضها يرجع إلى صفة المستأجر والمستأجر فيه.

أما الأول: فجملة الكلام فيه أن عقد الإجارة لا يخلو إما إن شرط فيه تعجيل البدل أو تأجيله؛ وإما إن

كان مطلقاً عن شرط التعجيل والتأجيل، فإن شرط فيه تعجيل البدل فعلى المستأجر تعجيلها والابتداء بتسليمها، سواء كان ما وقع عليه الإجارة شيئاً ينتفع بعينه كالدار والدابة وعبد الخدمة، أو كان صانعاً أو عاملاً ينتفع بصنعته أو عمله كالخياط والقصار والصياغ والإسكاف لأنهما لما شرطا تعجيل البدل لزم اعتبار شرطهما لقوله ﷺ: «**المُسْلِمُونَ عِنْدَ شُروطهم**»[١]، وملك الآجر البدل حتى تجوز له هبته والتصدق به والإبراء عنه والشراء والرهن والكفالة وكل تصرف يملك البائع في الثمن في باب البيع وللمؤاجر أن يمتنع عن تسليم المستأجر في الأشياء المنتفَع بأعيانها حتى يستوفي الأجرة، وكذا للأجير الواحد أن يمتنع عن تسليم النفس وللأجير المشترك أن يمتنع عن إيفاء العمل قبل استيفاء الأجرة في الإجارة كالثمن في البياعات وللبائع حبس المبيع إلى أن يستوفي الثمن إذا لم يكن مؤجلاً كذا ههنا.

وإن شرط فيه تأجيل الأجرة يبتدأ بتسليم المستأجر وإيفاء العمل وإنما يجب بتسليم البدل عند انقضاء الأجل، لأن الأصل في الشروط اعتبارها للحديث الذي روينا؛ وإن كان العقد مطلقاً عن شرط التعجيل والتأجيل يبتدأ بتسليم ما وقع عليه العقد في نوعي الإجارة فيجب على المؤاجر تسليم المستأجر وعلى الأجير تسليم النفس أو إيفاء العمل أولاً عندنا خلافاً للشافعي[٢]، لأن الأجرة لا تجب عندنا بالعقد المطلق وعنده تجب، والمسألة قد مرت، غير أن في النوع الأول وهو الإجارة على الأشياء المنتفع بأعيانها إذا سُلِّم المستأجرُ لا يجب على المستأجِر تسليمُ البدل كله للحال بل على حسب استيفاء المنفعة شيئاً فشيئاً حقيقةً أو تقديراً بالتمكن من الاستيفاء في قول أبـي حنيفة الآخر، وللمؤاجر أن يطالبه بالأجرة بمقدار ذلك يوماً فيوماً في الإجارة على العقار ونحوه ومرحلةً مرحلةً في الإجارة على المسافة، ولكن يخيّر المكاري على الحمل إلى المكان المشروط إذ لو لم يُخيَّر لتضرر المستأجر. وفي قوله الأول، وهو قول أبـي يوسف ومحمد لا يجب تسليم شيء من البدل إلا عند انتهاء المدة أو قطع المسافة كلها في الإجارة على قطع المسافة وقد ذكرنا وجه القولين فيما تقدم.

وأما في النوع الآخر: وهو استئجار الصناع والعمل فلا يجب تسليم شيء من البدل إلا عند انتهاء المدة أو قطع المسافة بعد الفراغ من العمل بلا خلاف حتى قالوا في الحمال ما لم يحط المتاع من رأسه لا يجب الأجر، لأن الحط من تمام العمل وهكذا قال أبو يوسف في الحمال يطلب الأجرة بعدما بلغ المنزل قبل أن يضعه أنه ليس له ذلك، لأن الوضع من تمام العمل.

والفرق: أن كل جزء من العمل في هذا النوع غير مقصود، لأنه لا ينتفع ببعضه دون بعض فكان الكل كشيء واحد فما لم يوجد لا يقابله البدل بلا خلاف بخلاف النوع الأول على قول أبـي حنيفة الآخر، لأن كل جزء من السكنى وقطع المسافة مقصود فيقابل بالأجرة ثم في النوع الآخر إذا أراد الأجير حبس العين بعد الفراغ من العمل لاستيفاء الأجرة هل له ذلك ينظر إن كان لعمله أثر ظاهر في العين كالخياط والقصار والصباغ والإسكاف له ذلك، لأن ذلك الأثر هو المعقود عليه وهو صيرورة الثوب مخيطاً مقصوراً وإنما العمل يحصل ذلك الأثر عادة والبدل يقابل ذلك الأثر فكان كالمبيع فكان له أن يحبسه لاستيفاء الأجرة كالبيع

(١) تقدم تخريجه.
(٢) انظر «الأم» (٤/ ٢٦) و «مختصر المزني» صفحة (١٢٦، ١٢٧). و «**مختصر اختلاف العلماء**» (٣/ ٩٠ ـ ٩٢).

قبل القبض أنه يحبس لاستيفاء الثمن إذا لم يكن الثمن مؤجلاً.

ولو هلك قبل التسليم تسقط الأجرة لأنه مبيع هلك قبل القبض وهل يجب الضمان فعند أبي حنيفة لا يجب، وعندهما يجب، لأنه يجب قبل الحبس عندهما فبعد الحبس أولى والمسألة تأتي في موضعها إن شاء الله تعالى.

وإن لم يكن لعمله أثر ظاهر في العين كالحمال والملاح والمكاري ليس له أن يحبس العين، لأن ما لا أثر له في العين فالبدل إنما يقابل نفس العمل إلا أن العمل كله كشيء واحد إذ لا ينتفع ببعضه دون بعض فكما فرغ حصل في يد المستأجر فلا يملك حبسه عنه بعد طلبه كاليد المودعة، ولهذا لا يجوز حبس الوديعة بالدين، ولو حبسه فهلك قبل التسليم لا تسقط الأجرة لما ذكرنا أنه كما وقع في العمل حصل مسلماً إلى المستأجر لحصوله في يده فتقررت عليه الأجرة فلا تحتمل السقوط بالهلاك ويضمن لأنه حبسه بغير حق فصار غاصباً بالحبس ونص محمد على الغصب فقال: فإن حبس الحمال المتاع في يده فهو غاصب.

ووجهه: ما ذكرنا أن العين كانت أمانة في يده، فإذا حبسها بدينه فقد صار غاصباً كما لو حبس المودع الوديعة بالدين، هذا الذي ذكرنا أن العمل لا يصير مسلماً إلى المستأجر إلا بعد الفراغ منه حتى لا يملك الأجير المطالبة بالأجرة قبل الفراغ إذا كان المعمول فيه في يد الأجير، فإن كان في يد المستأجر فبقدر ما أوقعه من العمل فيه يصير مسلماً إلى المستأجر قبل الفراغ منه حتى يملك المطالبة بقدره من المدة بأن استأجر رجلاً ليبني له بناءً في ملكه أو فيما في يده بأن استأجره ليبني له بناءً في داره أو يعمل له ساباطاً أو جناحاً أو يحفر له بئراً أو قناة أو نهراً أو ما أشبه ذلك في ملكه أو فيما في يده فعمل بعضه فله أن يطالبه بقدره من الأجرة لكنه يجبر على الباقي حتى لو انهدم البناء أو انهارت البئر أو وقع فيها الماء والتراب وسواها مع الأرض أو سقط الساباط فله أجر ما عمله بحصته، لأنه إذا كان في ملك المستأجر أو في يده فكلما عمل شيئاً حصل في يده قبل هلاكه وصار مسلماً إليه فلا يسقط بدله بالهلاك.

ولو كان غير ذلك في غير ملكه ويده ليس له أن يطلب شيئاً من الأجرة قبل الفراغ من عمله وتسليمه إليه حتى لو هلك قبل التسليم لا يجب شيء من الأجرة، لأنه إذا لم يكن في ملكه ولا في يده توقف وجوب الأجرة فيه على الفراغ والتمام.

وقال الحسن بن زياد: إذا أراه موضعاً من الصحراء يحفر فيه بئراً فهو بمنزلة ما هو في ملكه ويده، وقال في آخر الكلام؛ وهذا قياس قول أبي حنيفة، وقال محمد: لا يكون قابضاً إلا بالتخلية وإن أراه الموضع، وهو الصحيح لأن ذلك الموضع بالتعيين لم يصر في يده فلا يصير عمل الأجير فيه مسلماً له، وإن كان ذلك في غير ملك المستأجر ويده فعمل الأجير بعضه والمستأجر قريب من العامل فخلى الأجير بينه وبينه فقال المستأجر لا أقبضه منك حتى يفرغ فله ذلك، لأن قدر ما عمل لم يصر مسلماً إذا لم يكن في ملك المستأجر ولا في يده لأنه لا ينتفع ببعض عمله دون بعض فكان للمستأجر أن يمتنع من التسليم حتى يتمه.

ولو استأجر لتاناً ليضرب له لبناً في ملكه أو فيما في يده لا يستحق الأجرة حتى يجف اللبن وينصبه في قول أبي حنيفة.

وقال أبو يوسف ومحمد: حتى يجفّ أو ينصبه ويشرجه، ولا خلاف في أنه إذا ضربه ولم يقمه أنه لا يستحق الأجرة، لأنه ما لم يقلبه عن مكانه فهو أرض فلا يتناوله اسم اللبن، والخلاف بينهم يرجع إلى أنه هل يصير قابضاً له بالإقامة أو لا يصير إلا بالتشريج، فعلى قول أبـي حنيفة يصير قابضاً له بنفس الإقامة، لأن نفس الإقامة من تمام هذا العمل فيصير اللبن مسلماً إليه بهما.

وعلى قولهما: لا يصير قابضاً ما لم يشرج؛ لأن تمام العمل به حتى لو هلك قبل النصب في قول أبي حنيفة وقبل التشريج في قولهما فلا أجر له لأنه هلك قبل تمام العمل على اختلاف الأصلين، ولو هلك بعده فله الأجر، لأن العمل قد تمّ فصار مسلماً إليه لكونه في ملكه أو في يده فهلاكه بعد ذلك لا يسقط البدل.

وجه قولهما: أن الأمن عن الفساد يقع بالتشريج، ولهذا جرت العادة بين الناس أن اللبّان هو الذي يشرج ليؤمن عليه الفساد فكان ذلك من تمام العمل كإخراج الخبز من التنور.

ولأبـي حنيفة: أن المستأجر له ضرب اللبن ولما جفّ ونصبه فقد وجد ما ينطلق عليه اسم اللبن وهو في يده أو في ملكه فصار قابضاً له، فأما التشريج فعمل زائد لم يلزمه العامل بمنزلة النقل من مكان إلى مكان فلا يلزمه ذلك، وإن كان ذلك في غير ملكه ويده لم يستحق الأجرة حتى يسلمه وهو أن يخلي الأجير بين اللبن وبين المستأجر لكن ذلك بعد ما نصبه عند أبـي حنيفة، وعندهما بعدما شرجه.

وروى ابن سماعة عن محمد في رجل استأجر خبازاً ليخبز له قفيزاً من دقيق بدرهم فخبز فاحترق الخبز في التنور قبل أن يخرجه أو ألزقه في التنور ثم أخذه ليخرجه فوقع من يده في التنور فاحترق فلا أجرة له لأنه هلك قبل تمام العمل لأن عمل الخبز لا يتم إلا بالإخراج من التنور فلم يكن قبل الإخراج خبز فصار كهلاك اللبن قبل أن يتمه قال: ولو أخرجه من التنور ووضعه وهو يخبز في منزل المستأجر فاحترق من غير جنايته فله الأجر ولا ضمان عليه في قول أبـي حنيفة، أما استحقاق الأجر فلأنه فرغ من العمل بإخراج الخبز من التنور وحصل مسلماً إلى المستأجر لكونه في ملك المستأجر.

وأما عدم وجوب الضمان فلأن الهلاك من غير صنع الأجير المشترك لا يتعلق به الضمان عنده.

وأما على قول من يضمن الأجير المشترك فإنه ضامن له دقيقاً مثل الدقيق الذي دفعه إليه ولا أجر له، وإن شاء ضمنه قيمة الخبز مخبوزاً وأعطاه الأجر، لأن قبض الأجير قبض مضمون عندهما فلا يبرأ عن الضمان بوضعه في منزل مالكه وإنما يبرأ بالتسليم كالغاصب إذا وجب الضمان عليه عندهما فصاحب الدقيق بالخيار إن شاء ضمنه دقيقاً وأسقط الأجر لأنه لم يسلم إليه العمل، وإن شاء ضمنه خبزاً فصار العمل مسلماً إليه فوجب الأجر عليه قال: ولا أضمنه القصب ولا الملح، لأن ذلك صار مستهلكاً قبل وجوب الضمان عليه وحين وجب الضمان عليه لا قيمة له، لأن القصب صار رماداً والملح صار ماء.

وكذلك الخياط الذي يخيط له في منزله قميصاً، فإن خاط له بعضه لم يكن له أجرته لأن هذا العمل لا ينتفع ببعضه دون بعضه فلا تلزم الأجرة إلا بتمامه، فإذا فرغ منه ثم هلك فله الأجرة في قول أبـي حنيفة، لأن العمل حصل مسلماً إليه لحصوله في ملكه.

وأما على قولهما: فالعين مضمونة فلا يبرأ عن ضمانها إلا بتسليمها إلى مالكها فإن هلك الثوب فإن شاء ضمنه قيمته صحيحاً ولا أجر له، وإن شاء ضمنه قيمته مخيطاً وله الأجر لما بينا.

ولو استأجر حمالاً ليحمل له دناً من السوق إلى منزله فحمله حتى إذا بلغ بابَ دار الذي استأجره كسره إنسان فلا ضمان على الحامل في قول أبي حنيفة وله الأجر وهو على ما ذكرنا أن العمل إذا لم يكن له أثر ظاهر في العين كما وقع يحصل مسلماً إلى المستأجر.

وذكر ابن سماعة عن محمد في رجل دفع ثوباً إلى خياط يخيطه بدرهم فمضى فخاطه ثم جاء رجل ففتقه قبل أن يقبضه رب الثوب: فلا أجر للخياط، لأن المنافع هلكت قبل التسليم فسقط بدلها قال: ولا أجبر الخياط على أن يعيد العمل لأنه لما فرغ من العمل فقد انتهى العقد فلا يلزمه العمل ثانياً، وإن كان الخياط هو الذي فتق الثوب عليه أن يعيده؛ لأنه لما فتقه فقد فسخ المنافع التي عملها فكأنه لم يعمل رأساً، وإذا فتقه الأجنبي فقد أتلف المنافع بدليل أنه يجب عليه الضمان.

وقالوا في الملاّح إذا حمل الطعام إلى موضع فرد السفينة إنسان فلا أجر للملاح وليس عليه أن يعيد السفينة، فإن كان الملاح هو الذي ردها لزمه إعادة الحمل إلى الموضع الذي شرط عليه لما قلنا، وإن كان الموضع الذي رجعت إليه السفينة لا يقدر ربّ الطعام على قبضه فعلى الملاح أن يسلمه في موضع يقدر رب الطعام على قبضه ويكون له أجر مثله فيما سار في هذا المسير لأنا لو جوزنا للملاح تسليمه في مكان لا ينتفع به لتلف المال على صاحبه، ولو كلفناه حمله بالأجر إلى أقرب المواضع التي يمكن القبض فيه فقد راعينا الحقين.

وقالوا: ولو اكتراه بغلاً إلى موضع يركبه فلما سار إلى بعض الطريق جمح به فرده إلى موضعه الذي خرج منه فعليه الكري بقدر ما سار لأنه استوفى ذلك القدر من المنافع فلا يسقط عنه الضمان.

وقال في «**الجامع الصغير**»: عن أبي حنيفة في رجل استأجر رجلاً يذهب إلى البصرة فيجيء بعياله فذهب فوجد فلاناً قد مات فجاء بمن بقي قال له من الأجر بحسابه.

وعن أبي حنيفة: في رجل استأجر رجلاً يذهب بكتابه إلى البصرة إلى فلان ويجيء بجوابه فذهب فوجد فلاناً قد مات فرد الكتاب فلا أجر له، وهو قول أبي يوسف.

وقال محمد: له الأجر في الذهاب، أما في المسألة الأولى فلأن مقصوده حمل العيال؛ فإذا حمل بعضهم دون بعض كان له من الأجر بحساب ما حمل.

وأما في الثانية فوجه قول محمد أن الأجر مقابل بقطع المسافة لا بحمل الكتاب، لأنه لا حمل له ولا مؤنة وقطع المسافة في الذهاب وقع على الوجه المأمور به فيستحق حصته من الأجر، وفي العود لم يقع على الوجه المأمور به فلا يجب به شيء.

ولهما: أن المقصود من حمل الكتاب إيصاله إلى فلان ولم يوجد فلا يجب شيء على أن المقصود وإن كان نقل الكتاب لكنه إذا رده فقد نقض تلك المنافع فبطل الأجر كما لو استأجره ليحمل طعاماً إلى البصرة

إلى فلان فحمله فوجده قد مات فرده أنه لا أجر له لما قلنا كذا هذا، وللمستأجر في إجارة الدار وغيرها من العقار أن ينتفع بها كيف شاء بالسكنى ووضع المتاع، وأن يسكن بنفسه وبغيره وأن يُسكن غيره بالإجارة والإعارة إلا أنه ليس له أن يجعل فيها حداداً ولا قصّاراً ونحو ذلك مما يوهن البناء لما بيّنا فيما تقدم.

ولو أجرها المستأجر بأكثر من الأجرة الأولى؛ فإن كانت الثانية من خلاف جنس الأولى طابت له الزيادة؛ وإن كانت من جنس الأولى لا تطيب له حتى يزيد في الدار زيادةً من بناءٍ أو حفر أو تطيين أو تجصيص، فإن لم يزد فيه شيئاً فلا خير في الفضل ويتصدق به لكن تجوز الإجارة.

أما جواز الإجارة فلا شك فيه، لأن الزيادة في عقدٍ لا يعتبر فيه المساواة بين البدل والمبدَل لا تمنع صحة العقد وههنا كذلك فيصح العقد.

وأما التصديق بالفضل إذا كانت الأجرة الثانية من جنس الأولى فلأن الفضل ربح ما لم يضمن، لأن المنافع لا تدخل في ضمان المستأجر بدليل أنه لو هلك المستأجَرُ فصار بحيث لا يمكن الانتفاع به كان الهلاك على المؤاجر، وكذا لو غصبه غاصب فكانت الزيادة ربح ما لم يضمن ونهى رسول الله ﷺ عن ذلك؛ فإن كان هناك زيادة كان الربح في مقابلة الزيادة فيخرج من أن يكون ربحاً، ولو كنس البيت فلا يعتبر ذلك لأنه ليس بزيادة فلا تطيب به زيادة الأجر.

وكذا في إجارة الدابة إذا زاد في الدابة جوالق أو لجاماً أو ما أشبه ذلك يطيب له الفضل لما بينا؛ فإن علفها لا يطيب له؛ لأن الأجرة لا يصير شيء منها مقابلاً بالعلف فلا يطيب له الفضل.

ولو استأجر دابة ليركبها ليس له أن يركب غيره وإن فعل ضمن؛ وكذا إذا استأجر ثوباً ليلبسه ليس له أن يُلبسه غيره؛ وإن فعل ضمن لأن الناس متفاوتون في الركوب واللبس، فإن أعطاه غيره فلبسه ذلك اليوم ضمنه إن أصابه شيء؛ لأنه غاصب في إلباسه غيره؛ وإن لم يصبه شيء فلا أجر له لأن المعقود عليه ما يصير مستوفياً بلبسه فما يكون مستوفى بلبس غيره لا يكون معقوداً عليه واستيفاء غير المعقود عليه لا يوجب اليد.

ألا يرى أنه لو استأجر ثوباً بعينه ثم غصب منه ثوباً آخر فلبسه لم يلزمه الأجر فكذلك إذا ألبس ذلك الثوب غيرَه لأن تعيين اللابس كتعيين الملبوس فإن قيل هو قد تمكن من استيفاء المعقود عليه وذلك لا يكفي لوجوب الأجر عليه كما لو وضعه في بيته ولم يلبسه قلنا تمكنه من الاستيفاء باعتبار يده؛ فإذا وضعه في بيته فيده عليه معتبرة؛ ولهذا لو هلك لم يضمن؛ فأما إذا ألبسه غيره فيده عليه معتبرة حكماً.

ألا ترى أنه ضامن وإن هلك من غير اللبس؛ فإن يد اللابس عليه معتبرة حتى يكون لصاحبه أن يضمن غير اللابس ولا يكون إلا بطريق تفويت يده حكماً فلهذا لا تلزمه الأجرة وإن سلم وإن كان استأجره ليلبس يوماً إلى الليل ولم يسم من يلبسه فالعقد فاسد لجهالة المعقود عليه؛ فإن اللبس يختلف باختلاف اللابس وباختلاف الملبوس وكما أن ترك التعيين في الملبوس عند العقد يفسد العقد فكذلك ترك تعيين اللابس، وهذه جهالة تفضي إلى المنازعة؛ لأن صاحب الثوب يطالبه بإلباس أرفق الناس في اللبس وصيانة الملبوس وهو يأبى أن يلبس إلا أحسن الناس في ذلك ويحتج كل واحد منهما بمطلق التسمية ولا تصح التسمية مع

فساد العقد وإن اختصما فيه قبل اللبس فسدت الإجارة وإن لبسه هو وأعطاه غيره فلبسه إلى الليل فهو جائز وعليه الأجر استحساناً، والقياس عليه أجر المثل.

وكذلك لو استأجر دابة للركوب ولم يبين من يركبها أو للعمل ولم يسم من يعمل عليها فعمل عليها إلى الليل فعليه المسمى استحساناً وفي القياس عليه أجر المثل لأنه استوفى المنفعة بحكم عقد فاسد ووجوب المسمى باعتبار صحة التسمية ولا تصح التسمية مع فساد العقد.

وجه الاستحسان: أن المفسِد وهو الجهالة التي تفضي إلى المنازعة قد زال وبانعدام العلة المفسدة ينعدم الفساد، وهذا لأن الجهالة في المعقود عليه وعقد الإجارة في حق المعقود عليه كالمضاف وإنما يتجدد انعقادها عند الاستيفاء ولا جهالة عند ذلك ووجوب الأجر عند ذلك أيضاً فلهذا أوجبنا المسمى وجعلنا التعيين في الانتهاء كالتعيين في الابتداء ولا ضمان عليه إن ضاع منه لأنه غير مخالف سواء لبس بنفسه أو ألبس غيره بخلاف الأول فقد عين هناك لبسه عند العقد فيصير مخالفاً بإلباس غيره.

وإذا استأجر قميصاً ليلبسه يوماً إلى الليل فوضعه في منزله حتى جاء الليل فعليه الأجر كاملاً لأن صاحبه مكّنه من استيفاء المعقود عليه بتسليم الثوب إليه وما زاد على ذلك ليس في وسعه وليس له أن يلبسه بعد ذلك لأن العقد انتهى بمضيّ المدة والإذن في اللبس كان بحكم العقد.

ولو استأجر دابة ليركبها أو ثوباً ليلبسه لا يجوز له أن يؤاجر غيره للركوب واللبس لما قلنا، ولو باع المؤاجر الدار المستأجرة بعدما أجرها من غير عذر ذكر في «الأصل» أن البيع لا يجوز.

وذكر في بعض المواضع: أن البيع موقوف؛ وذكر في بعضها: أن البيع باطل والتوفيق ممكن؛ لأن في معنى قوله لا يجوز أي لا ينفذ؛ وهذا لا يمنع التوقّف؛ وقوله باطل أي ليس له حكم ظاهر للحال وهو تفسير التوقف.

والصحيح: أنه جائز في حق البائع والمشتري موقوف في حق المستأجر حتى إذا انقضت المدة يلزم المشتري البيع وليس له أن يمتنع من الأخذ وليس للبائع أن يأخذ المبيع من يد المستأجر من غير إجازة البيع؛ فإن أجاز جاز وإن أبى فللمشتري أن يفسخ البيع ومتى فسخ لا يعود جائزاً بعد انقضاء مدة الإجارة، وهل يملك المستأجر فسخ هذا البيع، ذكر في ظاهر الرواية أنه لا يملك الفسخ حتى لو فسخ لا ينفسخ حتى إذا مضت مدة الإجارة كان للمشتري أن يأخذ الدار.

وروى الطحاويُّ عن أبي حنيفة ومحمد: أن له أن ينقض البيع، وإذا نقضه لا يعود جائزاً، وروي عن أبي يوسف أنه ليس للمستأجر نقض البيع والإجارة كالعيب، فإن كان المشتري عالماً بها وقت الشراء وقعت الإجارة لازمة، وإن لم يكن عالماً بها وقت الشراء فهو بالخيار، إن شاء نقض البيع لأجل العيب وهو الإجارة، وإن شاء أمضاه وهذا كله مذهب أصحابنا، وقال الشافعي: البيع نافذ من غير إجازة المستأجر.

وجه قوله: أن البيع صادف محله لأن الرقبة ملك المؤاجِر وإنما حق المستأجر في المنفعة ومحل البيع العين ولا حقّ للمستأجر فيها.

ولنا: أن البائع غير قادر على تسليمه لتعلق حق المستأجر به وحق الإنسان يجب صيانته عن الإبطال ما أمكن وأمكن ههنا بالتوقف في حقه فقلنا بالجواز في حق المشتري وبالتوقف في حق المستأجر صيانةً للحقين ومراعاة للجانبين.

وعلى هذا إذا أجر داره ثم أقر بها لإنسان إن إقراره ينفذ في حق نفسه ولا ينفذ في حق المستأجر بل يتوقف إلى أن تمضي مدة الإجارة، فإذا مضت نفذ الإقرار في حقه أيضاً فيُقْضَىٰ بالدار للمقَرّ له، وهذا بخلاف ما إذا أجر داره من إنسان ثم أجر من غيره إن الإجارة الثانية تكون موقوفة على إجازة المستأجر الأول، فإن أجازها جازت وإن أبطلها بطلت، وههنا ليس للمستأجر أن يبطل البيع.

ووجه الفرق: أن عقد الإجارة يقع على المنفعة إذ هو تمليك المنفعة والمنافع ملك المستأجِر الأول فتجوز بإجازته وتبطل بإبطاله، فأما الإقرار فإنما يقع على العين والعين ملك المؤاجِر لكنْ للمستأجر فيها حقّ، فإذا زال حقه بتقديم المستأجر الأول إذا أجاز الإجارة الثانية حتى نفذت كانت الأجرة له لا لصاحب الدار، وفي البيع يكون الثمن لصاحب الملك.

ووجه الفرق على نحو ما ذكرنا؛ لأن الإجارة وردت على المنفعة وإنها ملك المستأجر الأول، فإذا أجاز كان بدلها له، فأما الثمن فإنه بدل العين والعين ملك المؤاجِر فكان بدلها له وبالإجارة لا ينفسخ عقد المستأجر الأول ما لم تمضِ مدة الإجارة الثانية، فإذا مضت فإن كانت مدتهما واحدة تنقضي المدتان جميعاً وإن كانت مدة الثانية أقل فللأول أن يسكن حتى تتم المدة.

وكذلك لو رهنها المؤاجر قبل انقضاء مدة الإجارة إن العقد جائز فيما بينه وبين المرتهن موقوف في حق المستأجر لتعلق حقه بالمستأجر وله أن يحبس حتى تنقضي مدته.

وعلى هذا بيع المرهون من الراهن أنه جائز بين البائع والمُشْتَرَىٰ موقوف في حق المرتهن وله أن يحبسه حتى يستوفي ماله، فإذا افتكها الراهن يجب عليه تسليم الدار إلى المشتري كما في الإجارة إلا أن ههنا إذا أجاز المرتهن البيع حتى جاء وسلم الدار إلى المشتري فالثمن يكون رهناً عند المرتهن قائماً مقام الدار لأن حق حبس العين كان ثابتاً له ما دامت في يده وبدل العين قائم مقام العين فثبت له حق حبسه.

وفرق القدوري بين الرهن والإجارة، فقال في الرهن: للمرتهن أن يبطل البيع وليس للمستأجر ذلك، لأن حق المستأجر في المنفعة لا في العين فكان الفسخ منه تصرفاً في محل حق الغير فلا يملكه، وأما في حق المرتهن فتعلق بعين المرهون.

ألا ترى أنه يصير به مستوفياً للدين فكان الفسخ منه تصرفاً في محل حقه فيملك والله عز وجل أعلم، وللأجير أن يعمل بنفسه وأجرائه إذا لم يشترط عليه في العقد أن يعمل بيده لأن العقد وقع على العمل والإنسان قد يعمل بنفسه وقد يعمل بغيره، ولأن عمل أجرائه يقع له فيصير كأنه عمل بنفسه إلا إذا شرط عليه عمله بنفسه، لأن العقد وقع على عمل من شخص معين والتعيين مفيد، لأن العمال متفاوتون في العمل فيتعين فلا يجوز تسليمها من شخص آخر من غير رضا المستأجر كمن استأجر جملاً بعينه للحمل لا يجبر على أخذ غيره.

ولو استأجر على الحمل ولم يعين جملاً كان للمكاري أن يسلم إليه أي جمل شاء كذا ههنا، وتطيين الدار وإصلاح ميزابها وما وَهى من بنائها على رب الدار دون المستأجر. لأن الدار ملكه وإصلاح الملك على المالك لكن لا يجبر على ذلك. لأن المالك لا يجبر على إصلاح ملكه. وللمستأجر أن يخرج إن لم يعمل المؤاجر ذلك لأنه عيب بالمعقود عليه والمالك لا يجبر على إزالة العيب عن ملكه لكن للمستأجر أن لا يرضى بالعيب حتى لو كان استأجر وهي كذلك ورآها فلا خيار له لأنه رضي بالمبيع المعيب وإصلاح دلو الماء والبالوعة والمخرج على رب الدار ولا يجبر على ذلك وإن كان امتلأ من فعل المستأجر لما قلنا.

وقالوا في المستأجر إذا انقضت مدة الإجارة، وفي الدار تراب من كنسه فعليه أن يرفعه لأنه حدث بفعله فصار كتراب وضعه فيها وإن امتلأ خلاها ومجراها من فعله فالقياس أن يكون عليه نقله. لأنه حدث بفعله فيلزمه نقله كالكُناسة والرماد إلا أنهم استحسنوا وجعلوا نقل ذلك على صاحب الدار للعرف والعادة إذ العادة بين الناس أن ما كان مغيباً في الأرض فنقله على صاحب الدار فحملوا ذلك على العادة فإن أصلح المستأجر شيئاً من ذلك لم يحتسب له بما أنفق. لأنه أصلح ملك غيره بغير أمره ولا ولايةَ عليه فكان متبرعاً وقبض المستأجر على المؤاجر حتى لو استأجر دابةً ليركبها في حوائجه في المصر وقتاً معلوماً فمضى الوقت فليس عليه تسليمها إلى صاحبها بأن يمضي بها إليه.

وعلى الذي أجرها أن يقبض من منزل المستأجر لأن المستأجر وإن انتفع بالمستأجر لكن هذه المنفعة إنما حصلت له بعوض حصل للمؤجِّر فبقيت العين أمانةً في يده كالوديعة ولهذا لا يلزمه نفقتها فلم يكن عليه ردها كالوديعة حتى لو أمسكها أياماً فهلكت في يده لم يضمن شيئاً سواءٌ طلب منه المؤاجر أم لم يطلب لأنه لم يلزمه الردّ إلى بيته بعد الطلب فلم يكن متعدياً في الإمساك فلا يضمن كالمودع إذا امتنع عن رد الوديعة إلى بيت المودع حتى هلكت، وهذا بخلاف المستعار إن ردَّه على المستعير، لأن نفعه له على الخلوص فكان رده عليه لقول رسول الله ﷺ: «**الخَرَاجُ بالضَّمان**»[1] ولهذا كانت نفقته عليه فكذا مؤنة الردّ.

فإن كان استأجرها من موضع مسمى في المصر ذاهباً وجائياً فإن على المستأجر أن يأتي بها إلى ذلك الموضع الذي قبضها فيه لا لأن الردّ واجب عليه بل لأجل المسافة التي تناولها العقد، لأن عقد الإجارة لا ينتهي إلا برده إلى ذلك الموضع فإن حملها إلى منزله فأمسكها حتى عطبت ضمن قيمتها، لأنه تعدى في حملها إلى غير موضع العقد.

فإن قال المستأجر أركبها من هذا الموضع إلى موضع كذا وأرجع إلى منزلي فليس على المستأجر ردها إلى منزل المؤاجر لأنه لما عاد إلى منزله فقد انقضت مدة الإجارة فبقيت أمانة في يده ولم يتبرع المالك بالانتفاع بها فلا يلزم ردها كالوديعة. وليس للظئر أن تأخذ صبياً آخر فترضعه مع الأول، فإن أخذت صبياً

(١) أخرجه أحمد في «المسند» (٦/٤٩، ٨٠، ١١٦، ١٦١، ٢٠٨، ٢٣٧).
وأبو داود في «السنن» كتاب البيوع باب فيمن اشترى عبداً فاستعمله ثم وجد به عيباً (٣٥٠٨، ٣٥١٠) والترمذي في «السنن» كتاب البيوع باب ما جاء فيمن يشتري العبد ويستغله ثم يجد به عيباً (١٢٨٥، ١٢٨٦) وقال (حسن صحيح).
والنسائي في «السنن» كتاب البيوع باب الخراج بالضمان (٧/٢٥٤، ٢٥٥).
وابن ماجه في «السنن» كتاب التجارات باب الخراج بالضمان (٢٢٤٣) والحاكم في «المستدرك» (٢/١٥).

آخر فأرضعته مع الأول فقد أساءت وأثمت إن كانت قد أضرت بالصبي ولها الأجر على الأول والآخر.

أما الإثم؛ فلأنه قد استحق عليها كمال الرضاع ولما أرضعت صبيين فقد أضرت بأحدهما لنقصان اللبن.

وأما استحقاق الأجرة فلأن الداخل تحت العقد الإرضاع مطلقاً وقد وجد وللمسترضِع أن يستأجر ظئراً آخر لقوله عز وجل: ﴿وإن أردتمْ أنْ تَستَرضِعُوا أَولادَكُمْ فَلا جُنَاحَ عَلَيْكُم إذا سَلَّمتُم مَا آتيتُم بالمَعْرُوف﴾[1] نفى الجناح عن المسترضع مطلقاً، فإن أرضعته الأخرى فلها الأجر أيضاً، فإن استأجرت الظئر ظئراً أخرى فأرضعته أو دفعت الصبي إلى جاريتها فأرضعته فلها الأجر استحساناً، والقياس أن لا يكون لها الأجر.

وجه القياس: أن العقد وقع على عملها فلا تستحق الأجر بعمل غيرها كمن استأجر أجيراً ليعمل بنفسه فأمر غيره فعمل لم يستحق الأجرة فكذا هذا.

وجه الاستحسان: أن إرضاعها قد يكون بنفسها وقد يكون بغيرها، لأن الإنسان تارةً يعمل بنفسه وتارة بغيره، ولأن الثانية لما عملت بأمر الأولى وقع عملها للأولى فصار كأنها عملت بنفسها؛ هذا إذا أطلق فأما إذا قيّد ذلك بنفسها ليس لها أن تسترضع أخرى؛ لأن العقد أوجب الإرضاع بنفسها.

فإن استأجرت أخرى فأرضعته لا تستحق الأجر كما قلنا في الإجارة على الأعمال؛ وليس للمسترضع أن يحبس الظئر في منزله إذا لم يشترط ذلك عليها ولها أن تأخذ الصبي إلى منزلها لأن المكان لم يدخل تحت العقد وليس على الظئر طعام الصبي ودواؤه لأن ذلك لم يدخل في العقد؛ وما ذكره في «الأصل» أن على الظئر ما يعالج به الصبيان من الريحان والدهن فذلك محمول على العادة.

وقد قالوا في توابع العقود التي لا ذكر لها في العقود إنها تحمل على عادة كل بلد حتى قالوا فيمن استأجر رجلاً يضرب له لبناً: إن الزنبيل والملبن على صاحب اللبن وهذا على عادتهم.

وقالوا فيمن استأجر على حفر قبر: إن حثي التراب عليه إن كان أهل تلك البلاد يتعاملون به وتشريج اللبن على اللبان وإخراج الخبز من التنور على الخباز لأن ذلك من تمام العمل.

وقالوا في الخياط: أن السلوك عليه، لأن عادتهم جرت بذلك؛ وقالوا في الدقيق الذي يصلح به الحائك الثوب إنه على صاحب الثوب؛ فإن كان أهل بلد تعاملوا بخلاف ذلك فهو على ما يتعاملون.

وقالوا في الطباخ إذا استؤجر في عرس: إن إخراج المرق عليه؛ ولو طبخ قدراً خاصة ففرغ منها فله الأجر وليس عليه من إخراج المرق شيء وهو مبني على العادة يختلف باختلاف العادة.

وقالوا: فيمن تكارى دابة يحمل عليها حنطة إلى منزله فلما انتهى إليه أراد صاحب الحنطة أن يحمل المكاري ذلك فيدخله منزله وأبى المكاري قالوا: قال أبو حنيفة عليه ما يفعله الناس ويتعاملون عليه، وإن أراد أن يصعد بها إلى السطح والغرفة فليس عليه ذلك إلا أن يكون اشترطه، ولو كان حمالاً على ظهره فعليه إدخال ذلك وليس عليه أن يصعد به إلى علو البيت إلا أن يشترطه، وإذا تكارى دابة فالإكاف على صاحب

---

(١) سورة البقرة، الآية: (٢٣٣).

الدابة، فأما الحبال والجوالق فعلى ما تعارفه أهل الصنعة، وكذلك اللجام، وأما السرج فعلى رب الدابة إلا أن تكون سنة البلد بخلاف ذلك فيكون على سُنتهم. وعلى هذا مسائل:

ولو التقط رجل لقيطاً فاستأجر له ظئراً فالأجرة عليه، وهو متطوع في ذلك، أما لزوم الأجرة إياه فلأنه التزم ذلك فيلزمه، وأما كونه متطوعاً فيه فلأنه لا ولايةَ له على اللقيط فلا يملك إيجاب الدين في ذمته ورضاعه على بيت المال، لأن ميراثه لبيت المال.

وأما الثاني: وهو الذي يرجع إلى صفة المستأجر والمستأجر فيه فالكلام فيه في موضعين:

أحدهما: في بيان صفة المستأجر والمستأجر فيه.

والثاني: في بيان ما يغير تلك الصفة.

أما الأول فنقول وبالله التوفيق: لا خلاف في أن المستأجر أمانة في يد المستأجر كالدار والدابة وعبد الخدمة ونحو ذلك حتى لو هلك في يده بغير صنعه لا ضمانَ عليه؛ لأن قبض الإجارة قبض مأذون فيه فلا يكون مضموناً كقبض الوديعة والعارية، وسواء كانت الإجارة صحيحةً أو فاسدةً لما قلنا.

وأما المستأجر فيه كثوب القصارة والصباغة والخياطة والمتاع المحمول في السفينة أو على الدابة أو على الجمال ونحو ذلك فالأجير لا يخلو إما إن كان مشتركاً أو خاصاً وهو المسمى أجيرَ الواحد، فإن كان مشتركاً فهو أمانة في قول أبي حنيفة وزفر والحسن بن زياد، وهو أحد قولي الشافعي[1].

وقال أبو يوسف ومحمد هو مضمون عليه إلا حَرَقٌ غالبٌ أو غرق غالب أو لصوص مكابرين؛ ولو احترق بيت الأجير المشترك بسراج يضمن الأجير؛ كذا روي عن محمد لأن هذا ليس بحريق غالب وهو الذي يقدر على استدراكه لو علم به لأنه لو علم به لأطفأه فلم يكن موضع العذر وهو استحسان ثم إن هلك قبل العمل يضمن قيمته غير معمولٍ ولا أجر له، وإن هلك بعد العمل فصاحبه بالخيار إن شاء ضمنه قيمته معمولاً وأعطاه الأجر بحسابه وإن شاء ضمنه قيمته غير معمول ولا أجر له.

واحتجا بما روي عن رسول الله ﷺ أنه قال: «عَلَى اليَدِ مَا أَخَذَتْ حَتَّى تَرُدَّه»[2] وقد عجز عن ردّ عينه بالهلاك فيجب رد قيمته قائماً مقامه، وروي أن عمر رضي الله عنه كان يضمن الأجير المشترك احتياطاً لأموال الناس وهو المعنى في المسألة وهو أن هؤلاء الأجراء الذين يسلم المال إليهم من غير شهود تخاف الخيانة منهم فلو علموا أنهم لا يضمنون لهلكت أموال الناس لأنهم لا يعجزون عن دعوى الهلاك، وهذا المعنى لا يوجد في الحرق الغالب والغرق الغالب والسرق الغالب.

---

(١) انظر «المجموع» للنووي (١٥/ ٣٥٣).

(٢) أخرجه أحمد في «المسند» (٥/ ٨، ١٣) وأبو داود في «السنن» كتاب البيوع باب في تضمين العارية (٣٥٦١) والترمذي في «السنن» كتاب البيوع باب ما جاء في أن العارية مؤداة (١٢٦٦) وقال: (حسن صحيح) وابن ماجه في «السنن» كتاب الصدقات باب العارية (٢٤٠) والحاكم في «المستدرك» (٢/ ٤٧) وقال: (صحيح الإسناد على شرط البخاري) وأقر الذهبي. والبيهقي في «السنن الكبرى» (٦/ ٩٠
والدارمي في «السنن» (٢/ ٢٦٤) كتا لبيوع باب في العارية مؤداة.

ولأبي حنيفة: أن الأصل أن لا يجب الضمان إلا على المتعدي لقوله عز وجل: ﴿فَلَا عُدوانَ إلاّ على الظّالمين﴾[1] ولم يوجد التعدي من الأجير، لأنه مأذون في القبض والهلاك ليس من صنعه فلا يجب الضمان عليه، ولهذا لا يجب الضمان على المودع، والحديث لا يتناول الإجارة، لأن الرد في باب الإجارة لا يجب على المستأجر فكان المراد منه الإعارة والغصب، وفعل عمر رضي الله عنه يحتمل أنه كان في بعض الأجراء وهو المتهم بالخيانة، وبه نقول. ثم عندهما إنما يجب الضمان على الأجير إذا هلك في يده، لأن العين إنما تدخل في الضمان عندهما بالقبض كالعين المغصوبة فما لم يوجد القبض لا يجب الضمان حتى لو كان صاحب المتاع معه راكباً في السفينة أو راكباً على الدابة التي عليها الحمل فعطب الحمل من غير صنع الأجير لا ضمان عليه لأن المتاع في يد صاحبه.

وكذلك إذا كان صاحب المتاع والمكاري راكبين على الدابة أو سائقين أو قائدين لأن المتاع في أيديهما فلم ينفرد الأجير باليد فلا يلزمه ضمان اليد.

وروى بشر عن أبي يوسف: أنه إن سرق المتاع من رأس الحمال وصاحب المتاع يمشي معه لا ضمان عليه لأن المتاع لم يصر في يده حيث لم يُخَلِّ صاحب المتاع بينه وبين المتاع. وقالوا في الطعام إذا كان في سفينتين وصاحبه في إحداهما وهما مقرونتان أو غير مقرونتين إلا أن سيرهما جميعاً وحبسهما جميعاً فلا ضمان على الملاح فيما هلك من يده لأنه هلك في يد صاحبه. وكذلك القطار إذا كان عليه حمولة ورب الحمولة على بعير فلا ضمان على الحمال. لأن المتاع في يد صاحبه لأنه هو الحافظ له.

وروى ابن سماعة عن أبي يوسف: في رجل استأجر حمالاً ليحمل عليه زقاً من سمن فحمله صاحب الزقّ والحمال جميعاً ليضعاه على رأس الحمال فانخرق الزق وذهب ما فيه. قال أبو يوسف لا يضمن الحمال لأنه لم يسلم إلى الحمال بل هو في يده قال: وإن حمله إلى بيت صاحبه ثم أنزله الحمال من رأسه وصاحب الزق فوقع في أيديهما فالحمال ضامن وهو قول محمد الأول. ثم رجع وقال لا ضمان عليه. لأبي يوسف أن المحمول داخل في ضمان الحمالة بثبوت يده عليه فلا يبرأ إلا بالتسليم إلى صاحبه فإذا أخطآ جميعاً فيدُ الحمال لم تزل فلا يزول الضمان. ولمحمد أن الشيء قد وصل إلى صاحبه بإنزاله فخرج من أن يكون مضموناً كما لو حملاه ابتداء إلى رأس الحمال فهلك.

وروى هشام عن محمد فيمن دفع إلى رجل مصحفاً يعمل فيه ودفع الغلاف معه أو دفع سيفاً إلى صيقل يصقله بأجر ودفع الجفن معه فضاعا. قال محمد: يضمن المصحف والغلاف والسيف والجفن. لأن المصحف لا يستغني عن الغلاف والسيف لا يستغني عن الجفن فصارا كشيء واحد قال: فإن أعطاه مصحفاً يعمل له غلافاً أو سكيناً يعمل له نصالاً فضاع المصحف أو ضاع السكين لم يضمن لأنه لم يستأجره على أن يعمل فيهما بل في غيرهما.

ولو اختلف الأجير وصاحب الثوب فقال الأجير: رددت وأنكر صاحبه فالقول قول الأجير في قول أبي حنيفة لأنه أمين عنده في القبض والقول قول الأمين مع اليمين ولكن لا يصدق في دعوى الأجر، وعندهما

(١) سورة البقرة، الآية: (١٩٣).

القول قول صاحب الثوب، لأن الثوب قد دخل في ضمانه عندهما فلا يصدق على الردّ إلا ببينة، وإن كان الأجير خاصاً فما في يده يكون أمانة في قولهم جميعاً حتى لو هلك في يده بغير صنعه لا يضمن، أما على أصل أبي حنيفة فلأنه لم يوجد منه صنع يصلح سبباً لوجوب الضمان لأن القبض حصل بإذن المالك.

وأما على أصلهما فلأن وجوب الضمان في الأجير المشترك ثبت استحساناً صيانةً لأموال الناس ولا حاجة إلى ذلك في الأجير الخاص لأن الغالب أنه يسلم نفسه ولا يتسلم المال فلا يمكنه الخيانة والله عز وجل أعلم.

وأما الثاني: وهو بيان ما يغيره من صفة الأمانة إلى الضمان فالمغيِّر له أشياء منها ترك الحفظ لأن الأجير لما قبض المستأجر فيه فقد التزم حفظه وترك الحفظ الملتزم سبب لوجوب الضمان كالمودع إذا ترك حفظ الوديعة حتى ضاعت على ما نذكره في كتاب الوديعة إن شاء الله تعالى.

ومنها: الإتلاف والإفساد إذا كان الأجير متعدياً فيه بأن تعمد ذلك أو عنف في الدق سواء كان مشتركاً أو خاصاً، وإن لم يكن متعدياً في الإفساد بأن أفسد الثوب خطأً بعمله من غير قصده، فإن كان الأجير خاصاً لم يضمن بالإجماع وإن كان مشتركاً كالقصار إذا دقّ الثوب فتخرّق أو ألقاه في النَّورة فاحترق أو الملاح غرقت السفينة من عمله ونحو ذلك فإنه يضمن في قول أصحابنا الثلاثة وقال زفر؛ لا يضمن، وهو أحد قولي الشافعي[1].

وجه قول زفر: أن الفساد حصل بعمل مأذون فيه فلا يجب الضمان كالأجير الخاصّ والمعين، والدليل على أنه حصل بعملٍ مأذونٍ فيه أنه حصل بالدقّ والدق مأذون فيه، ولئن لم يكن مأذوناً فيه لكن لا يمكنه التحرز عن هذا النوع من الفساد لأنه ليس في وسعه الدق المُصلِح فأشبه الحجام والبزّاغ، ولئن كان ذلك في وسعه لكنه لا يمكنه تحصيله إلا بحرج والحرج منفي فكان ملحقاً بما ليس في الوسع.

ولنا: أن المأذون فيه الدقّ المصلِح لا المفسِد لأن العاقل لا يرضى بإفساد ماله ولا يلتزم الأجرة بمقابلة ذلك فيتقيد الأمر بالمصلح دلالة، وقوله: لا يمكنه التحرز عن الفساد ممنوع بل في وسعه ذلك بالاجتهاد في ذلك وهو بذل المجهود في النظر في آلة الدقّ ومحله وإرسال المدقة على المحل على قدر ما يحتمله مع الحذاقة في العمل والمهارة في الصنعة، وعند مراعاة هذه الشرائط لا يحصل الفساد، فلما حصل دلّ أنه قصر كما نقول في الاجتهاد في أمور الدين إلا أن الخطأ في حقوق العباد ليس بعذر حتى يؤاخذ الخاطىء والناسي بالضمان.

وقوله: لا يمكنه التحرز عن الفساد إلا بحرج مسلّم لكن الحرج إنما يؤثر في حقوق الله عز وجل بالإسقاط لا في حقوق العباد؛ وبهذا فارق الحجام والبزاغ، لأن السلامة والسراية هناك مبنية على قوة الطبيعة وضعفها ولا يوقف على ذلك بالاجتهاد فلم يكن في وسعه الاحتراز عن السراية فلا يتقيد العقد بشرط السلامة.

---

(١) انظر «المدونة» (٤/٤٤٧) و «مختصر المزني» صفحة (١٢٧).

وأما الأجير الخاص فهناك وإن وقع عمله إفساداً حقيقة إلا أن عمله يلتحق بالعدم شرعاً، لأنه لا يستحق الأجرة بعمله بل بتسليم نفسه إليه في المدة فكأنه لم يعمل.

وعلى هذا الخلاف الحمال إذا زلقت رجله في الطريق أو عثر فسقط وفسد حمله؛ ولو زحمه الناس حتى فسد لم يضمن بالإجماع، لأنه لا يمكنه حفظ نفسه عن ذلك فكان بمعنى الحرق الغالب والغرق الغالب، ولو كان الحمال هو الذي زاحم الناس حتى انكسر يضمن عند أصحابنا الثلاثة.

وكذلك الراعي المشترك إذا ساق الدواب على السرعة فازدحمن على القنطرة أو على الشط فدفع بعضها بعضاً فسقط في الماء فعطب؛ فعلى هذا الخلاف ولو تلفت دابة بسوقه أو ضربه إياها، فإن ساق سوقاً معتاداً أو ضرب ضرباً معتاداً فعطبت فهو على الاختلاف، وإن ساق أو ضرب سوقاً وضرباً بخلاف العادة يضمن بلا خلاف، لأن ذلك إتلاف على طريق التعدي، ثم إذا تخرق الثوب من عمل الأجير حتى ضمن لا يستحق الأجرة لأنه ما أوفى المنفعة بل المضرة، لأن إيفاء المنفعة بالعمل المصلح دون المفسد، وفي الحمال إذا وجب ضمان المتاع المحمول فَصَاحِبُه بالخيار إن شاء ضمنه قيمته في الموضع الذي سلمه إليه وإن شاء في الموضع الذي فسد أو هلك وأعطاه الأجر إلى ذلك الموضع.

وروي عن أبـي حنيفة: أنه لا خيار له بل يضمنه قيمته محمولاً في الموضع الذي فسد أو هلك، أما التخيير على أصل أبـي يوسف ومحمد فظاهر، لأنه وُجِد جهتا الضمان القبض والإتلاف فكان له أن يضمنه بالقبض يوم القبض وله أن يضمنه بالإتلاف يوم الإتلاف.

أما على أصل أبـي حنيفة ففيه إشكال؛ لأن عنده الضمان يجب بالإتلاف لا بالقبض فكان لوجوب الضمان سبب واحد وهو الإتلاف فيجب أن تعتبر قيمة يوم الإتلاف ولا خيار فيما يروى عنه.

والجواب عنه من وجهين:

أحدهما: أنه وجد ههنا سببان لوجوب الضمان أحدهما الإتلاف.

والثاني: العقد لأن الأجير بالعقد السابق التزم الوفاءَ بالمعقود عليه وذلك بالعمل المصلِح وقد خالف، والخلاف من أسباب وجوب الضمان فثبت له الخيار إن شاء ضمنه بالعقد وإن شاء بالإتلاف، والثاني أنه لما لم يوجد منه إيفاء المنفعة في القدر التالف فقد تفرقت عليه الصفقة في المنافع فيثبت له الخيار إن شاء رضي بتفريقها وإن شاء فسخ العقد ولا يكون ذلك إلا بالتخيير، ولو كان المستأجر على حمله عبيداً صغاراً أو كباراً فلا ضمان على المكاري فيما عطب من سوقه ولا قوده ولا يُضمن بنو آدم من وجه الإجارة ولا يشبه هذا المتاع لأن ضمان بني آدم ضمان جناية وضمان الجناية لا يجب بالعقد دلت هذه المسألة على أن ما يضمنه الأجير المشترك يضمنه بالعقد لا بالإفساد والإتلاف، لأن ذلك يستوي فيه المتاع والآدمي، وإن وجوب الضمان فيه بالخلاف لا بالإتلاف.

وذكر بشر في «**نوادره**» عن أبـي يوسف في القصار إذا استعان بصاحب الثوب ليدقّ معه فتخرق ولا يدري من أي الدق تخرق وقد كان صحيحاً قبل أن يدقاه قال على القصار نصف القيمة.

وقال ابن سماعة عن محمد: أن الضمان كله على القصار حتى يعلم أنه تخرق من دق صاحبه أو من دقهما فمحمد مرّ على أصلهما أن الثوب دخل في ضمان القصار بالقبض بيقين فلا يخرج عن ضمانه إلا بيقين مثله وهو أن يعلم أن التخرق حصل بفعل غيره.

ولأبي يوسف: أن الفساد احتمل أن يكون من فعل القصار واحتمل أنه من فعل صاحب الثوب فيجب الضمان على القصار في حال ولا يجب في حال فلزم اعتبار الأحوال فيه فيجب نصف القيمة، وقالوا في تلميذ الأجير المشترك إذا وطىء ثوباً من القصار فخرقه يضمن، لأن وطء الثوب غير مأذون فيه، ولو وقع من يده سراجٌ فأحرق ثوباً من القصارة فالضمان على الأستاذ ولا ضمان على التلميذ، لأن الذهاب والمجيء بالسراج عمل مأذون فيه فينتقل عمله إلى الأستاذ كأنه فعله بنفسه فيجب الضمان عليه.

ولو دق الغلام فانقلب الكودين من غير يده فخرق ثوباً من القصارة فالضمان على الأستاذ، لأن هذا من عمل القصارة فكان مضافاً إلى الأستاذ، فإن كان ثوباً وديعة عند الأستاذ فالضمان على الغلام لأن عمله إنما يضاف إلى الأستاذ فيما يملك تسليطه عليه واستعماله فيه وهو إنما يملك ذلك في ثياب القصارة لا في ثوب الوديعة فبقي مضافاً إليه فيجب عليه الضمان كالأجنبي، وكذلك لو وقع من يده سراج على ثوب الوديعة فأحرقه فالضمان على الغلام لما قلنا.

وذكر في «الأصل»: لو أن رجلاً دعى قوماً إلى منزله فمشوا على بساطه فتخرق لم يضمنوا، وكذلك لو جلسوا على وسادة، لأنه مأذون في المشي على البساط والجلوس على الوسادة فالمتولد منه لا يكون مضموناً، ولو وطئوا آنية من الأواني ضمنوا لأن هذا مما لا يؤذن في وطئه فكذلك إذا وطؤا ثوباً لا يبسط مثله، ولو قلبوا إناء بأيديهم فانكسر لم يضمنوا لأن ذلك عمل مأذون فيه ولو كان رجل منهم مقلداً سيفاً فخرق السيف الوسادة لم يضمن. لأنه مأذون في الجلوس على هذه الصفة، ولو جفف القصار ثوباً على حبل في الطريق فمرت عليه حمولة فخرقته فلا ضمان على القصار والضمان على سائق الحمولة، لأن الجناية من السائق، لأن المشي في الطريق مقيد بالسلامة فكان التلف مضافاً إليه فكان الضمان عليه.

ولو تكارى رجل دابةً ليركبها فضربها فعطبت أو كبحها باللجام فعطبها ذلك فإنه ضامن إلا أن يأذن له صاحب الدابة في ذلك عند أبـي حنيفة، وقال أبو يوسف ومحمد نستحسن أن لا نضمنه إذا لم يتعدّ في الضرب المعتاد والكبح المعتاد.

وجه قولهما: أن ضرب الدابة وكبحها معتاد متعارف والمعتاد كالمشروط، ولو شرط ذلك لا يضمن كذا هذا.

ولأبـي حنيفة: أن كل واحد منهما من الضرب والكبح غير مأذون فيه لأن العقد لا يوجب الإذن بذلك لإمكان استيفاء المنافع بدونه فصار كما لو كان ذلك من أجنبـي على أنا إن سلمنا أنه مأذون فيه لكنه مقيد بشرط السلامة لأنه يفعلِه لمنفعة نفسه مع كونه مخيراً فيه فأشبه ضربه لزوجته ودعوى العرف في غير الدابة المملوكة ممنوعة على أن كونه مأذوناً فيه لا يمنع وجوب الضمان إذا كان بشرط السلامة على ما ذكرنا والله عز وجل أعلم.

ومنها: الخلاف وهو سبب لوجوب الضمان إذا وقع غصباً لأن الغصب سبب لوجوب الضمان، وجملة الكلام فيه أن الخلاف قد يكون في الجنس وقد يكون في القدر وقد يكون في الصفة وقد يكون في المكان وقد يكون في الزمان، والخلاف من هذه الوجوه قد يكون في استئجار الدواب وقد يكون في استئجار الصناع كالحائك والصباغ والخياط خلا المكان.

أما استئجار الدواب فالمعتبر في الخلاف فيه في الجنس والقدر والصفة في استئجار الدواب ضرر الدابة، فإن كان الخلاف فيه في الجنس ينظر إن كان ضرر الدابة فيه بالخفّة والثقل يعتبر الخلاف فيه من جهة الخفة والثقل، فإن كان الضرر في الثاني أكثر يضمن كل القيمة إذا عطبت الدابة لأنه يصير غاصباً لكلها وإن كان الضرر في الثاني مثل الضرر في الأول أو أقل لا يضمن عندنا، لأن الإذن بالشيء إذن بما هو مثله أو دونه فكان مأذوناً بالانتفاع به من هذه الجهة دلالة فلا يضمن، وإن كان ضرر الدابة فيه لا من حيث الخفة والثقل بل من وجه آخر لا يعتبر فيه الخلاف من حيث الخفة والثقل وإنما يعتبر من ذلك الوجه لأن ضرر الدابة من ذلك الوجه وإن كان الخلاف في القدر والضرر فيه من حيث الخفة والثقل يعتبر الخلاف في ذلك القدر ويجب الضمان بقدره لأن الغصب يتحقق بذلك القدر وإن كان الضرر فيه من جهة أخرى تعتبر تلك الجهة في الضمان لا الخفة والثقل وإن كان الخلاف في الصفة وضرر الدابة ينشأ منها يعتبر الخلاف فيها ويبنىٰ الضمان عليها.

وبيان هذه الجملة في مسائل: إذا استأجر دابةً ليحمل عليها عشرة مخاتيم شعير فحمل عليها عشرة مخاتيم حنطة فعطبت يضمن قيمتها، لأن الحنطة أثقل من الشعير وليس من جنسه فلم يكن مأذوناً فيه أصلاً فصار غاصباً كل الدابة متعدياً عليها فيضمن كل قيمتها ولا أجر عليه؛ لأن الأجر مع الضمان لا يجتمعان لأن وجوب الضمان لصيرورته غاصباً ولا أجرة على الغاصب على أصلنا، ولأن المضمونات تملك على أصل أصحابنا وذا يمنع وجوب الأجرة عليه، ولو استأجرها ليحمل عليها حنطةً فحمل عليها مكيلاً آخر ثقله كثقل الحنطة وضرره كضررها فعطبت لا يضمن.

وكذلك من استأجر أرضاً ليزرع فيها نوعاً سماه فزرع غيره وهما متساويان في الضرر بالأرض وكذلك إن استأجرها ليحمل عليها قفيزاً من حنطة فحمل عليها قفيزاً من شعير وكذا إذا استأجر أرضاً ليزرع فيها نوعاً آخر ضرره أقلّ من ضرر المسمّى وهذا كله استحسان، وهو قول أصحابنا الثلاثة، والقياس أن يضمن وهو قول زفر لأن الخلاف قد تحقق فتحقق الغصب.

ولنا: أن الخلاف إلى مثله أو إلى ما هو دونه في الضرر لا يكون خلافاً معنًى لأن الثاني إذا كان مثله في الضرر كان الرضا بالأول رضا بالثاني، وإذا كان دونه في الضرر، فإذا رضي بالأول كان بالثاني أرضى فصار كما لو استأجرها ليحمل عليها حنطة نفسه فحمل عليها حنطة غيره وهما متساويان في الكيل أو ليحمل عليها عشرة فحمل عليها تسعة أنه لا يصير مخالفاً كذا هذا.

ولو استأجرها ليحمل عليها عشرة أقفزة حنطة فحمل عليها أحد عشرة، فإن سلمت فعليه ما سمى من الأجرة ولا ضمان عليه وإن عطبت ضمن جزأً من أحد عشر جزأً من قيمة الدابة، وهو قول عامة العلماء.

وقال زفر وابن أبـي ليلى: يضمن قيمة كل الدابة، لأن التلف حصل بالزيادة فكانت الزيادة علة التلف.

ولنا: أن تلف الدابة حصل بالثقل والثقل بعضه مأذون فيه، وبعضه غير مأذون فيه فيقسم التلف أحد عشر جزأً فيضمن بقدر ذلك.

ونظير هذا ما قاله أصحابنا في حائط بين شريكين أثلاثاً مال إلى الطريق فاشهد على أحدهما دون الآخر فسقط الحائط على رجل فقتله فعلى الذي أشهد عليه قدرُ نصيبه لأنه مات من ثقل الحائط وثقل الحائط أثلاث كذا هذا، وعليه الأجر لأنه استوفى المعقود عليه وهو حمل عشرة مخاتيم وإنما خالف في الزيادة وإنها استوفيت من غير عقد فلا أجرَ لها.

وكذا لو استأجر سفينة ليطرح فيها عشرةَ أكرار فطرح فيها أحد عشر فغرقت السفينة أنه يجب الضمان بقدر الزيادة عند عامة العلماء، وعند زفر وابن أبـي ليلى يضمن قيمة كل السفينة، لأن التلف حصل بقدر الزيادة فهي علة التلف.

ألا ترى أنه لو لم يزد لما حصل التلف، والجواب أن هذا ممنوع بل التلف حصل بالكل، ألا ترى أن الكر الزائد لو انفرد لما حصل به التلف فثبت أن التلف حصل بالكل والبعض مأذون فيه والبعض غير مأذونٍ فيه فما هلك بما هو مأذون فيه لا ضمانَ عليه فيه وما هلك بما هو غير مأذون فيه ففيه الضمان وصار كمسألة الحائط.

ولو استأجر دابةً ليحمل عليها مائة رطل من قطن فحمل عليها مثل وزنه حديداً أو أقل من وزنه فعطبت الدابة يضمن قيمتها، لأن ضرر الدابة ههنا ليس للثقل بل للانبساط والاجتماع لأن القطن ينبسط على ظهر الدابة والحديد يجتمع في موضع واحد فيكون أنكى لظهر الدابة وأعقر لها فلم يكن مأذوناً فيه فصار غاصباً فيضمن ولا أجرة عليه لما قلنا.

وكذلك إذا استأجر ليحملها حنطة فحمل عليها حطباً أو خشباً أو آجراً أو حديداً أو حجارة أو نحو ذلك مما يكون أنكى لظهر الدابة أو أعقر له حتى عطبت يضمن كل القيمة ولا أجر عليه لما قلنا.

ولو استأجرها ليركبها فحمل عليها أو استأجرها ليحمل عليها فركبها حتى عطبت ضمن لأن الجنس قد اختلف وقد يكون الضرر في أحدهما أكثر، ولو استأجرها ليركبها فأركبها من هو مثله في الثقل أو أخف منه ضمن لأن الخلاف ههنا ليس من جهة الخفة والثقل بل من حيث الخَرَق والعلم فإن خفيف البدن إذا لم يحسن الركوب يضرّ بالدابة والثقيل الذي يحسن الركوب لا يضرّ بها، فإذا عطبت علم أن التلف حصل من خَرَقه بالركوب فضمن ولا أجر عليه لما قلنا.

ولو استأجر دابة ليركبها بنفسه فأركب معه غيره فعطبت فهو ضامن لنصف قيمتها ولا يعتبر الثقل ههنا لأن تلف الدابة ليس من ثقل الراكب بل من قلة معرفته بالركوب فصار تلفها بركوبها بمنزلة تلفها بجراحتها وركوب أحدهما مأذون فيه وركوب الآخر غير مأذون فيه فيضمن نصف قيمتها وصار كحائط بين شريكين أثلاثاً أشهد على أحدهما فوقعت منه آجرة فقتلت رجلاً فعلى الذي أُشهد عليه نصفُ ديته؛ وإن كان نصيبه من

الحائط أقل من النصف لأن التلف ما حصل بالثقل بل بالجرح والجراحة اليسيرة كالكثيرة في حكم الضمان كمن جرح إنساناً جراحةً وجرحه آخر جراحتين فمات من ذلك كان الضمان عليهما نصفين؛ كذا ههنا؛ وعليه الأجرة لأنه استوفى المعقود عليه وزيادة على ذلك وهو إركاب الغير غير أن الزيادة استوفيت من غير عقد فلا يجب بها الأجر.

هذا إذا كانت الدابة تطيق اثنين؛ فإن كانت لا تطيقهما فعليه جميع قيمتها لأنه أتلفها بإركاب غيره.

ولو استأجر حماراً بإكاف فنزعه منه وأسرجه فعطب فلا ضمان عليه لأن ضرر السرج أقل من ضرر الإكاف؛ لأنه يأخذ من ظهر الدابة أقل مما يأخذ الإكاف: ولو استأجر حماراً بسرجٍ فنزع منه السرج وأوكفه فعطب، ذكر في «**الأصل**» أنه يضمن قدرَ ما زاد الإكاف على السرج ولم يذكر الاختلاف؛ وذكر في «**الجامع الصغير**» أنه يضمن كل القيمة في قول أبـي حنيفة؛ وفي قولهما يضمن بحساب الزيادة.

وجه قولهما: أن الإكاف والسرج كل واحد منهما يركب به عادةً وإنما يختلفان بالثقل والخفة؛ لأن الإكاف أثقل فيضمن بقدر الثقل كما لو استأجره بسرج فنزعه وأسرجه بسرج آخر أثقل من الأول فعطب أنه يضمن بقدر الزيادة كذا هذا.

ولأبـي حنيفة: أن الإكاف لا يخالف السرج في الثقل وإنما يخالفه من وجه آخر وهو أنه يأخذ من ظهر الدابة أكثر مما يأخذ السرج؛ ولأن الدابة التي لم تألف الإكاف يضر بها الإكاف؛ والخلاف إذا لم يكن للثقل يجب به جميع الضمان كما إذا حمل مكان القطن الحديد ونحو ذلك بخلاف ما إذا بدل السرج بسرج أثقل منه، والإكاف بإكاف أثقل منه؛ لأن التفـاوت هناك من ناحية الثقل فيضمن بقدر الزيادة كما في الزيادة على المقدرات من جنسها على ما مرّ.

ولو استأجر حماراً عارياً فأسرجه ثم ركب فعطب كان ضامناً؛ لأن السرج أثقل على الدابة، وقيل هذا إذا استأجره ليركبه في المصر وهو من غرض الناس ممن يركب في المصر بغير سرج؛ فأما إذا استأجره ليركبه خارج المصر أو هو من ذوي الهيئات لا يضمن؛ لأن الحمار لا يركب من بلد إلى بلد بغير سرج ولا إكاف؛ وكذا ذو الهيئة فكان الإسراج مأذوناً فيه دلالة فلا يضمن.

وإن استأجر حماراً بسرج فأسرجه بغيره؛ فإن كان سرجاً يسرج بمثله الحمر فلا ضمان عليه، وإن كان لا يسرج بمثله الحمر فهو ضامن لأن الثاني إذا كان مما يسرج به الحمر لا يتفاوتان في الضرر فكان الإذن بأحدهما إذناً بالآخر دلالة، وإذا كان مما لا يسرج بمثله الحمر بأن كان سرجاً كبيراً كسروج البراذين كان ضرره أكثر فكان إتلافاً للدابة فيضمن.

وكذلك إن لم يكن عليه لجام فألجمه فلا ضمان عليه إذا كان مثله يلجم بمثل ذلك اللجام، وكذلك إن أبدله لأن الحمار لا يتلف بأصل اللجام فإذا كان الحمار قد يلجم بمثله أو أبدله بمثله لم يوجد منه الإتلاف ولا الخلاف فلا يضمن.

وأما الخلاف في المكان فنحو أن يستأجر دابة للركوب أو للحمل إلى مكان معلوم فجاوز ذلك المكان وحكمه:أنه كما جاوز المكان المعلوم دخل المستأجَرَ في ضمانه حتى لو عطب قبل العود إلى المكان المأذون

فيه يضمن كل القيمة، ولو عاد إلى المكان المأذون فيه هل يبرأ عن الضمان، كان أبو حنيفة أولاً يقول يبرأ كالمودع إذا خالف ثم عاد إلى الوفاق وهو قول زفر وعيسى بن أبان من أصحابنا ثم رجع وقال: لا يبرأ حتى يسلمها إلى صاحبها سليمة، وكذلك العارية بخلاف الوديعة.

وجه قوله الأول: أن الشيء أمانة في يده، ألا ترى أنه لو هلك في يده قبل الخلاف لا ضمان عليه فكانت يده يد المالك فالهلاك في يده كالهلاك في يد المالك فأشبه الوديعة، ولهذا لو هلك في يده ثم استحق بعد الهلاك وضمنه المستحق يرجع على المؤاجِر كالمودِع سواء بخلاف المستعير فإنه لا يرجع.

وجه قوله الآخر: أن يد المستأجر يد نفسه، لأنه قبض الشيء لمنفعة نفسه فكانت يده يدَ نفسه لا يد المؤاجر، وكذا يد المستعير لما قلنا، وإذا كانت يده يد نفسه فإذا ضمن بالتعدي لا يبرأ من ضمانه إلا بردّه إلى صاحبه لأنه لا تكون الإعادة إلى المكان المأذون فيه ردّاً إلى يد نائب المالك فلا يبرأ من الضمان، بخلاف الوديعة لأن يد المودع يد المالك لا يد نفسه.

ألا ترى أنه لا ينتفع بالوديعة فكان العود إلى الوفاق رداً إلى يد نائب المالك فكان رداً إلى المالك معنى فهو الفرق.

وأما الرجوع على المؤاجر بالضمان فليس ذلك لكون يده يد المؤجر بل لأنه صار مغروراً من جهته كالمشتري إذا استحق المبيع من يده إنه يرجع على البائع بسبب الغرور كذا هذا.

ولو استأجرها ليركبها إلى مكان عينه فركبها إلى مكان آخر يضمن إذا هلكت، وإن كان الثاني أقرب من الأول لأنه صار مخالفاً لاختلاف الطرق إلى الأماكن فكان بمنزلة اختلاف الجنس ولا أجرة عليه لما قلنا.

ولو ركبها إلى ذلك المكان الذي عينه لكن من طريق آخر ينظر إن كان الناس يسلكون ذلك الطريق لا يضمن لأنه لم يصر مخالفاً، وإن كانوا لا يسلكونه يضمن إذا هلكت لصيرورته مخالفاً غاصباً بسلوكه، وإن لم تهلك وبلغ الموضع المعلوم ثم رجع وسلم الدابة إلى صاحبها فعليه الأجر.

ولو استأجرها ليركبها أو ليحمل عليها إلى مكان معلوم فذهب بها ولم يركبها ولم يحمل عليها شيئاً فعليه الأجر، لأنه سلم المنافع إليه بتسليم محلها إلى المكان المعلوم فصار كما لو استأجر داراً ليسكنها فسلم المفتاح إليه فلم يسكن حتى مضت المدة أنه يجب الأجرة لما قلنا كذا هذا.

ولو أمسك الدابة في الموضع الذي استأجرها ولم يذهب بها إلى الموضع الذي استأجرها إليه، فإن أمسكها على قدر ما يمسك الناس إلى أن يرتحل فهلك فلا ضمان عليه لأن حبس الدابة ذلك القدر مستثنى عادةً فكان مأذوناً فيه دلالةً وإن حبس مقدار ما لا يحبس الناس مثله يومين أو ثلاثة فعطب يضمن، لأنه خالف في المكان بالإمساك الخارج عن العادة فصار غاصباً فيضمن إذا هلك ولا أجرة عليه لما قلنا.

وإن لم تهلك فأمسكها في بيته فلا أجر عليه لما مر أن الأجر بمقابلة تسليم الدابة في جميع الطريق ولم يوجد، بخلاف ما إذا استأجرها عشرة أيام ليركبها فحبسها ولم يركبها حتى ردها يوم العاشر إن عليه الأجرة ويسع لصاحبها أن يأخذ الكراء، وإن كان يعلم أنه لم يركبها لأن استحقاق الأجرة في الإجارات على الوقت

بالتسليم في الوقت وقد وجد فتجب الأجرة كما في إجارة الدار ونحوها بخلاف الإجارة على المسافة، فإن الاستحقاق هناك بالتسليم في جميع الطريق ولم يوجد فلا يجب.

وأما الخلاف في الزمان فنحو أن يستأجر دابة ليركبها أو يحمل عليها مدة معلومة فانتفع بها زيادةً على المدة فعطبت في يده ضمن لأنه صار غاصباً بالانتفاع بها فيما وراء المدة المذكورة.

وأما استئجار الصناع من الحائك والخياط والصباغ ونحوهم، فالخلاف إن كان في الجنس بأن دفع ثوباً إلى صباغ ليصبغه لوناً فصبغه لوناً آخر فصاحب الثوب بالخيار إن شاء ضمنه قيمة ثوب أبيض وسلم الثوب للأجير، وإن شاء أخذ الثوب وأعطاه ما زاد الصبغ فيه إن كان الصبغ مما يزيد.

أما خيار التضمين فلفوات غرضه لأن الأغراض تختلف باختلاف الألوان فله أن يضمنه قيمة ثوب أبيض لتفويته عليه منفعةً مقصودةً فصار متلفاً الثوب عليه فكان له أن يضمنه، وإن شاء أخذ الثوب لأن الضمان وجب حقاً له فله أن يسقط حقه ولا أجر له لأنه لم يأت بما وقع عليه العقد رأساً حيث لم يوفّ العمل المأذون فيه أصلاً فلا يستحق الأجر، كالغاصب إذا صبغ الثوب المغصوب ويعطيه ما زاد الصبغ فيه إن كان الصبغ مما يزيد، كالحمرة والصفرة ونحوهما لأنه عين مال قائم بالثوب فلا سبيل إلى أخذه مجاناً بلا عوض فيأخذه ويعطيه ما زاد الصبغ فيه رعايةً للحقين ونظراً من الجانبين كالغاصب.

وإن كان الصبغ مما لا يزيد كالسواد على أصل أبي حنيفة فاختار أخذ الثوب لا يعطيه شيئاً بل يضمنه نقصان الثوب في قول أبي حنيفة بناء على أن السواد لا قيمة له عنده فلا يزيد بل ينقص، وعندهما له قيمة فكان حكمه حكم سائر الألوان.

ولو استأجر أرضاً ليزرعها حنطة فزرعها رطبة ضمن ما نقصها، لأن الرطبة مع الزرع جنسان مختلفان، إذ الرطبة ليست لها نهاية معلومة بخلاف الزرع، وكذا الرطبة تضر بالأرض ما لا يضرها الزرع فصار بالاشتغال بزراعة الرطبة غاصباً إياها بل متلفاً ولا أجر له، لأن الأجر مع الضمان لا يجتمعان.

وقال هشام عن محمد: في رجل أمر إنساناً أن ينقش في فضة اسمه، فنقش اسم غيره أنه يضمن الخاتم، لأنه فوت الغرض المطلوب من الخاتم وهو الختم به فصار كالتلف إياه. قال: وإذا أمر رجلاً أن يخمر له بيتاً فخضره.

قال محمد: أعطيه ما زادت الخضرة فيه ولا أجرة له، لأنه لم يعمل ما استأجره عليه رأساً فلا يستحق الأجرة ولكن يستحق قيمة الصبغ الذي زاد في البيت لما مر.

ولو دفع إلى خياط ثوباً ليخيطه قميصاً بدرهم فخاطه قباء، فإن شاء ضمنه قيمة الثوب وإن شاء أخذ القباء وأعطاه أجر مثله لا يجاوز به ما سمى، لأن القباء والقميص مختلفان في الانتفاع فصار مفوّتاً منفعة مقصودة فصار متلفاً الثوب عليه فله أن يضمنه، وله أن يأخذه ويعطيه أجر مثله لما قلنا.

وإذا كان الخلاف في الصفة نحو أن دفع إلى صباغ ثوباً ليصبغه بصبغ مسمى فصبغه بصبغ آخر لكنه من

جنس ذلك اللون فلصاحب الثوب أن يضمنه قيمته أبيض ويسلم إليه الثوب، وإن شاء أخذ الثوب وأعطاه أجر مثله لا يجاوز به ما سمى.

أما ثبوت الخيار فلما ذكرنا من الخلاف في الجنس، وإنما وجب الأجر ههنا لأن الخلاف في الصفة لا يخرج العمل من أن يكون معقوداً عليه فقد أتى بأصل المعقود عليه إلا أنه لم يأت بوصفه، فمن حيث إنه لم يأت بوصفه المأذون فيه لم يجب المسمَّى. ومن حيث إنه أتى بالأصل وجب أجر المثل ولا يجاوز به المسمى لأن هذا شأن أجر المثل لما نذكر إن شاء الله تعالى.

وروى هشام عن محمد فيمن دفع إلى رجل شبهاً ليضرب له طشتاً موصوفاً معروفاً فضرب له كوزاً. قال إن شاء ضمنه مثل شبهه ويصير الكوز للعامل، وإن شاء أخذه وأعطاه أجرَ مثل عمله لا يجاوز به ما سمَّى، لأن العقد وقع على الضرب، والصناعة صفة، فقد فعل المعقود عليه بأصله وخالف في وصفه، فيثبت للمستعمل الخيار.

وعلى هذا إذا دفع إلى حائك غزلاً ليحوك له ثوباً صفيقاً، فحاك له ثوباً رقيقاً، أو شرط عليه أن يحوك له ثوباً رقيقاً فحاكه صفيقاً أن صاحب الغزل بالخيار إن شاء ضمنه غزله، وإن شاء أخذ الثوب وأعطاه مثل أجر عمله لا يجاوز ما سمى.

وذكر في «الأصل»: إذا دفع خفه إلى خَفَّاف لينعله فأنعله بنعل لا ينعل بمثله الخفاف فصاحب الخف بالخيار إن شاء ضمنه خفه وإن شاء أخذه وأعطاه أجر مثله في عمله وقيمة النعل لا يجاوز به ما سمى، وإن كان ينعل بمثله الخفاف فهو جائز وإن لم يكن جيداً.

وأما ثبوت الخيار إذا أنعله بما لا ينعل بمثله الخفاف فلأنه لم يأت بالمأمور به رأساً بل أتى بالمأمور به ابتداء فصار كالغاصب إذا أنعل الخف المغصوب فكان للمالك أن يضمنه كالغاصب وله أن يأخذ الخف، لأن ولاية التضمين تثبت لحق المالك، فإن رضي بالأخذ كان له ذلك وإذا أخذ أعطاه أجر مثله، لأنه مأذون في العمل وقد أتى بأصل العمل وإنما خالف في الصفة فله أن يختاره ويعطيه أجر المثل ولا يعطيه المسمى لأن ذلك بمقابلة عمل موصوف ولم يأت بالصفة، ويعطيه ما زاد النعل لأنه عين مال قائم للخفاف فصار بمنزلة الصبغ في الثوب، وإنما جعل الخيار في هذه المسائل إلى صاحب الخفّ والثوب، لأنه صاحب متبوع والنعل والصبغ تبع فكان إثبات الخيار لصاحب الأصل أولى، وإن كان يفعل بمثله الخفاف فهو جائز وإن لم يكن جيداً، لأن الإذن يتناول أدنى ما يقع عليه الاسم وقد وجد.

ولو شرط عليه جيداً فأنعله بغير جيد فإن شاء ضمنه قيمة الخف وإن شاء أخذ الخف وأعطاه أجر مثل عمله وقيمة ما زاد فيه، ولا يجاوز به ما سمى لأن الرديء من جنس الجيد، ويثبت الخيار لفوات الوصف المشروط.

وإن كان الخلاف في القدر نحو ما ذكر محمد في «الأصل»: في رجل دفع غزلاً إلى حائك ينسجه له سبعاً في أربع، فخالف بالزيادة أو بالنقصان، فإن خالف بالزيادة على الأصل المذكور فإن الرجل بالخيار إن شاء ضمنه مثلَ غزلِهِ وسلَّم الثوب، وإن شاء أخذ الثوب وأعطاه الأجر المسمّى.

أما ثبوت الخيار فلأنه لم يحصل له غرضه، لأن الزيادة في قدر الذراع توجب نقصاناً في الصفة وهي الصفاقة فيفوت غرضه فيثبت له الخيار، وإن شاء ضمنه مثل غزله لتعديه عليه بتفويت منفعة مقصودة، وإن شاء أخذه وأعطاه الأجر الذي سماه لأنه أتى بأصل العمل الذي هو معقود عليه، وإنما خالف في الصفة، والخلاف في صفة العمل لا يخرج العمل من أن يكون معقوداً عليه، كمن اشترى شيئاً فوجده معيباً حتى كان له أن يأخذه مع العيب، وإن كان الخلاف في النقصان ففيه روايتان:

ذكر في «**الأصل**»: أن له أن يأخذه ويعطيه من الأجر بحسابه، وذكر في رواية أخرى أن عليه أجر المثل.

وجه هذه الرواية: أنه لما نقص في القدر فقد فوت الغرض المطلوب من الثوب فصار كأنه عمل بحكم إجارة فاسدة ليس فيها أجر مسمى.

وجه رواية «**الأصل**»: أن العقد وقع على عمل مقدر ولم يأت بالمقدر فصار كما لو عقد على نقل كرٍّ من طعام إلى موضع كذا بدرهم فنقل بعضه أنه يستحق من الأجر بحسابه فكذا ههنا.

وإن أوفاه الوصف وهو الصفاقة والذراع وزاد فيه فقد روى هشام عن محمد أن صاحب الثوب بالخيار إن شاء ضمنه مثل غزله وصار الثوب للصانع، وإن شاء أخذ الثوب وأعطاه المسمى ولا يزيد للذراع الزائد شيئاً، أما ثبوت الخيار فلتغير الصفة إذ الإنسان قد يحتاج إلى الثوب القصير ولا يحتاج إلى الطويل فيثبت له الخيار، ولأنه إذا زاد في طوله فقد استكثر من الغزل، فإن أخذه فلا أجر له في الزيادة، لأنه مقطوع فيها حيث عملها بغير إذن صاحب الثوب فكان متبرعاً فلا يستحق الأجر عليها.

وذكر في «**الأصل**»: إذا أعطى صباغاً ثوباً ليصبغه بعصفر ربع الهاشمي بدرهم فصبغه بقفيز عصفر وأقر رب الثوب بذلك، فإن رب الثوب بالخيار إن شاء ضمنه قيمة ثوبه وإن شاء أخذ الثوب وأعطاه ما زاد العصفر فيه مع الأجر، وذكر القدوري أن مشايخنا ذكروا تفصيلاً فقالوا إن هذا على وجهين: إنْ كان صبغه أولاً بربع الهاشمي، ثم صبغه بثلاثة أرباع القفيز فصاحب الثوب بالخيار إن شاء ضمنه قيمة ثوبه، وإن شاء أخذه وأعطاه الأجر المسمى، وما زاد لثلاثة أرباع القفيز في الثوب؛ لأنه لما أفرده بالصبغ المأذون فيه أولاً وهو ربع الهاشمي، فقد أوفى المعقودَ عليه وصار متعدياً بالصبغ الثاني كأنه غصب ثوباً مصبوغاً بالربع ثم صبغه بثلاثة أرباع فيثبت له الخيار إن شاء أخذ الثوب وأعطاه المسمى لأنه سلم له الصبغ المعقود عليه فيلزمه المسمى ويعطيه ما زاد الصبغ الثاني فيه لأنه عين مال قائمة للصباغ في الثوب وإن شاء ضمنه قيمة الثوب مصبوغاً بربع القفيز ووجب له الأجر؛ لأن الصبغ في حكم المقبوض من وجه لحصوله في ثوبه لكن يكمل القبض فيه لأنه لم يصل إلى يده فكان مقبوضاً من وجه دون وجه فكان له فسخ القبض لتغير الصفة المقصودة وله أن يضمنه ويضمن الأجر.

وإن كان صبغه ابتداءً بقفيز فله ما زاد الصبغ ولا أجر له لأنه لم يوفِ بالعمل المأذون فيه فلم يعمل المعقود عليه فيصير كأنه غصب ثوباً وصبغه بعصفر.

وروى ابنُ سماعة عن محمدٍ خلافَ ذلك وهو أن له أن يأخذ الثوب ويغرم الأجر وما زاد العصفر فيه

مجتمعاً كان أو متفرقاً لأن الصبغ لا يتشرب في الثوب دفعةً واحدة بل شيئاً فشيئاً فيستوي فيه الاجتماع والافتراق.

وأما الإجارة الفاسدة وهي: التي فاتها شرط من شروط الصحة فحكمها الأصلي هو ثبوت الملك للمؤاجر في أجر المثل لا في المسمى بمقابلة استيفاء المنافع المملوكة ملكاً فاسداً لأن المؤاجر لم يرضَ باستيفاء المنافع إلا ببدل ولا وجه إلى إيجاب المسمَّى لفساد التسمية فيجب أجر المثل، ولأن الموجَب الأصلي في عقود المعاوضات هو القيمة لأن مبناها على المعادلة والقيمة هي العدل إلا أنها مجهولة لأنها تعرف بالحزر والظن وتختلف باختلاف المقومين فيعدل منها إلى المسمى عند صحة التسمية؛ فإذا فسدت وجب المصير إلى الموجَب الأصلي وهو أجر المثل ههنا لأنه قيمة المنافع المستوفاة إلا أنه لا يزاد على المسمى في عقد فيه تسمية عند أصحابنا الثلاثة.

وعند زفر: يزاد ويجب بالغاً ما بلغ بناءً على أن المنافع عند أصحابنا الثلاثة غير متقومة شرعاً بأنفسها وإنما تتقوم بالعقد بتقويم العاقدين والعاقدان ما قوماها إلا بالقدر المسمى فلو وجبت الزيادة على المسمى لوجبت بلا عقد وإنها لا تتقوم بلا عقد بخلاف البيع الفاسد فإن المبيع بيعاً فاسداً مضمون بقيمته بالغاً ما بلغ لأن الضمان هناك بمقابلة العين والأعيان متقومة بأنفسها فوجب كل قيمتها؛ وفي قول زفر؛ وبه أخذ الشافعي[1] هي متقومة بأنفسها بمنزلة الأعيان فكانت مضمونة بجميع قيمتها كالأعيان.

هذا إذا كان في العقد تسمية فأما إذا لم يكن فيه تسمية فإنه يجب أجر المثل بالغاً ما بلغ بالإجماع لأنه إذا لم يكن فيه تسمية الأجر لا يرضى باستيفاء المنافع من غير بدل كان ذلك تمليكاً بالقيمة التي هي الموجب الأصلي دلالةً فكان تقويماً للمنافع بأجر المثل إذ هو قيمة المنافع في الحقيقة ولا يثبت في هذه الإجارة شيء من الأحكام التي هي من التوابع إلا ما يتعلق بصفة المستأجر له فيه وهي كونه أمانة في يد المستأجر حتى لو هلك لا يضمن المستأجر لحصول الهلاك في قبض مأذون فيه من قبل المؤاجر.

وأما الإجارة الباطلة: وهي التي فاتها شرط من شرائط الانعقاد فلا حكم لها رأساً لأن مالا ينعقد فوجوده في حق الحكم وعدمه بمنزلة واحدة وهو تفسير الباطل من التصرفات الشرعية كالبيع ونحوه والله أعلم.

فصل: وأما حكم اختلاف العاقدين في عقد الإجارة؛ فإن اختلفا في مقدار البدل أو المبدل والإجارة وقعت صحيحة ينظر إن كان اختلافهما قبل استيفاء المنافع تحالفا لقول النبيّ ﷺ: «**إذا اختلَفَ المتبَايعَان تَحَالَفَا وتَرَادَّا**»[2] والإجارة نوع بيع فيتناولها الحديث.

(١) انظر «المجموع» (٥/٢٥٨).

(٢) أخرجه الحاكم في «المستدرك» (٢/٤٥) وقال: هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه، وقال الذهبي (صحيح). وأبو داود في «السنن» كتاب البيوع والإجارات باب إذا اختلف البيّعان والمبيع قائم (٣٥١١) والنسائي في «السنن» كتاب البيوع باب اختلاف المتبايعين في الثمن.

بلفظ: «إذا اختلف المتبايعان وليس بينهما بينة، فهو ما يقول رب السلعة أو يتركا» والدارقطني في «السنن» كتاب البيوع (٣/٢٠، ٢١). وابن ماجه في «السنن» كتاب التجارات باب البيعان يختلفان.

والرواية الأخرى وهي قوله: «والسلعة قائمة بعينها» يتناول بعض أنواع الإجارة وهو ما إذا باع عيناً بمنفعة واختلفا فيها، وإذا ثبت التحالف في نوع بالحديث ثبت في الأنواع كلها بنتيجة الإجماع؛ لأن أحداً لا يفصل بينهما، ولأن التحالف قبل استيفاء المنفعة موافق الأصول، لأن اليمين في أصول الشرع على المنكر وكل واحد منهما منكر من وجه ومدع من وجه، لأن المؤاجر يدعي على المستأجر زيادة الأجرة والمستأجر منكر والمستأجر يدعي على المؤاجر وجوب تسليم المستأجَر بما يدعي من الأجرة والمؤاجر ينكر فكان كل واحد منهما منكراً من وجه واليمين وظيفة المنكر في أصول الشرع، ولهذا جرى التحالف قبل القبض فبيع العين والتحالف ههنا قبل القبض لأنهما اختلفا قبل استيفاء المنفعة ثم إن كان الاختلاف في قدر البدل يبدأ بيمين المستأجر، لأنه منكر وجوب الأجرة الزائدة وإن كان في قدر المبدل يبدأ بيمين المؤاجر لأنه منكر وجوب تسليم زيادة المنفعة.

وإذا تحالفا تفسخ الإجارة وأيهما نكل لزمه دعوى صاحبه، لأن النكول بذل أو إقرار والبدل والمبدل كل واحد منهما يحتمل البذل والإقرار وأيهما أقام البينة يُقْضَىٰ ببينته لأن الدعوى لا تقابل الحجة.

وإن أقاما جميعاً البينة فإن كان الاختلاف في البدل فبينة المؤاجر أولى لأنها تثبت زيادة الأجرة، وإن كان الاختلاف في المبدل فبينة المستأجر أولى لأنها تثبت زيادة المنفعة، فإن ادعى المؤاجر فضلاً فيما يستحقه من الأجر وادعى المستأجر فضلاً فيما يستحق من المنفعة بأن قال المؤاجر أجرتك هذه الدابة إلى القصر بعشرة، وقال المستأجر إلى الكوفة بخمسة أو قال المؤاجر أجرتك شهراً بعشرة، وقال المستأجر شهرين بخمسة؛ فالأمر في التحالف والنكول وإقامة أحدهما البينة على ما ذكرنا.

ولو أقاما جميعاً البينة قبلت بينة كل واحد منهما على الفعل الذي يستحقه بعقد الإجارة فيكون إلى الكوفة بعشرة وشهرين بعشرة، لأن بينة كل واحد منهما تثبت زيادة، لأن بينة المؤاجر تثبت زيادة الأجر وبينة المستأجر تثبت زيادة المنفعة فتقبل كل واحدة منهما على الزيادة التي تثبتها، وإن كان اختلافهما بعدما استوفى المستأجر بعض المنفعة بأن سكن الدار المستأجرة بعض المدة أو ركب الدابة المستأجرة بعض المسافة.

ثم اختلفوا فالقول قول المستأجر فيما مضى مع يمينه ويتحالفان وتفسخ الإجارة فيما بقي، لأن العقد على المنافع ساعةً فساعةً على حسب حدوثها شيئاً فشيئاً فكان كل جزء من أجزاء المنفعة معقوداً عليه مبتدأ فكان ما بقي من المدة والمسافة منفرداً بالعقد فيتحالفان فيه، بخلاف ما إذا هلك بعض المبيع على قول أبي حنيفة أنه لا يثبت التحالف عنده، لأن البيع ورد على جملة واحدة وهي العين القائمة للحال وكل جزء من المبيع ليس بمعقود عليه مبتدأ إنما الجملة معقود عليها بعقد واحد، فإذا تعذر الفسخ في قدر الهالك يسقط في الباقي.

وإن كان اختلافهما بعد مضي وقت الإجارة أو بعد بلوغ المسافة التي استأجر إليها لا يتحالفان فيه، والقول قول المستأجر في مقدار البدل مع يمينه ولا يمين على المؤاجر لأن التحالف يثبت الفسخ والمنافع المنعدمة لا تحتمل فسخ العقد فلا يثبت التحالف.

وهذا على أصل أبي حنيفة وأبي يوسف ظاهر لأن قيام المبيع في باب البيع شرط جريان التحالف في المبيع الهالك والمنافع ههنا هالكة فلا يثبت فيها التحالف وأما محمد فيحتاج إلى الفرق بين المبيع الهالك وبين المنافع الهالكة.

ووجه الفرق له: أن المنافع غير متقومة بأنفسها على أصلنا وإنما تتقوم بالعقد فإذا فسخت الإجارة بالتحالف تبقى المنافع مستوفاة من غير عقد فلا تتقوم فلا يثبت التحالف بخلاف الأعيان فإنها متقومة بأنفسها فإذا فسخ البيع بالتحالف يبقى العقد متقوماً بنفسه في يد المشتري فيجب عليه قيمته وإنما كان القول قول المستأجر لأنه المستحق عليه، والخلاف متى وقع في الاستحقاق كان القول قول المستحق والله عز وجل أعلم.

وإن كان الاختلاف في جنس الأجر بأن قال المستأجر استأجرت هذه الدابة إلى موضع كذا بعشرة دراهم، وقال الآخر: بدينار فالحكم في التحالف والنكول وإقامة أحدهما البينة ما وصفنا، فإن أقاما البينة فالبينة بينة المؤاجر، لأنها تثبت الأجرة حقاً له وبينة المستأجر لا تثبت الأجرة حقاً له فكانت بينة المؤاجر أولى بالقبول.

ولو اختلفا فقال المؤاجر أجرتك هذه الدابة إلى القصر بدينار وقال المستأجر إلى الكوفة بعشرة دراهم وأقاما البينة فهي إلى الكوفة بدينار وخمسة دراهم لأن الاختلاف إلى القصر وقع في البدل؛ فكانت بينة المؤاجر أولى لما قلنا وتثبت الإجارة إلى القصر بدينار؛ ثم المستأجر يدعي من القصر إلى الكوفة بخمسة لأن القصر نصف الطريق والمؤاجر يجحد هذه الإجارة، فالبينة المثبتة للإجارة أولى من النافية.

وقد روى ابنُ سماعة عن أبي يوسف: في رجل استأجر من رجل داراً سنة فاختلفا فأقام المستأجر البينة أنه استأجر إحدى عشر شهراً منها بدرهم وشهراً بتسعة وأقام البينة رب الدار أنه أجرها بعشرة، قال فإني آخذ ببينة رب الدار لأنه يدعي فضل أجرة في أحد عشر شهراً وقد أقام على ذلك بينة فتقبل بينته؛ فأما الشهر الثاني عشر فقد أقرّ المستأجر للمؤاجر فيه بفضل الأجرة فيما ادعى فإن صدقه على ذلك وإلا سقط الفضل بتكذيبه.

ولو اختلف الخياط وربّ الثوب فقال رب الثوب أمرتك أن تقطعه قباءً وقال الخياط أمرتني أن أقطعه قميصاً، فالقول قول رب الثوب مع يمينه عندنا والخياط ضامن قيمة الثوب، وإن شاء رب الثوب أخذ الثوب وأعطاه أجر مثله؛ وقال ابن أبي ليلى: القول قول الخياط مع يمينه، واختلف قول الشافعي فقال في موضع مثل قولهما، وقال في موضع يتحالفان فإذا حلفا سقط الضمان عن الخياط وسقط الأجر.

وجه قول ابن أبي ليلى: أن صاحب الثوب أقر بالإذن بالقطع غير أنه يدعي زيادة صفة توجب الضمان وتسقط الأجر، والخياط ينكر فكان القول قوله.

ولنا: أن الإذن مستفاد من قبل صاحب الثوب فكان القول في صفة الإذن قوله، ولهذا لو وقع الخلاف في أصل الإذن بالقطع فقال صاحب الثوب لم آذن بالقطع كان القول قوله، وكذا إذا قال لم آذن بقطعه قميصاً؛ وقد خرج الجواب عن قول ابن أبي ليلى لأن المأذون فيه قطع القباء لا مطلق القطع، ولا معنى

لأحد قولي الشافعي، لأن التحالف وضع للفسخ ولا يمكن الفسخ ههنا فلا يثبت التحالف، لأن صاحبه يدعي على الخياط الغصب والخياط يدعي الأجر، وذلك مما لا يثبت فيه التحالف، وإن كان له تضمين الخياط قيمة الثوب لأن صاحب الثوب لما حلف على دعوى الخياط فقد صار الخياط بقطعه الثوب لا على الصفة المأذون فيها متصرفاً في ملك غيره بغير إذنه فصار متلفاً الثوب عليه فيضمن قيمته، وإن شاء رب الثوب أخذ الثوب وأعطاه أجر مثله.

أما اختيار أخذ الثوب فلأنه أتى بأصل المعقود عليه مع تغيّر الصفة فكان لصاحب الثوب الرضا به وإعطاؤه أجر المثل لا المسمى، لأنه لم يأت بالمأمور به على الوصف الذي أمر به، وطريقة أخرى لبعض مشايخنا أن منفعة القباء والقميص متقاربة، لأنه يمكن أن ينتفع بالقباء انتفاع القميص بأن يشدَّ وسطه وأزراره وإنما يفوت بعض الأغراض فقد وجد المعقود عليه مع العيب فيستحق الأجرة، حتى قالوا لو قطعه سراويل لم تجب له الأجرة لاختلاف منفعة القباء والسراويل فلم يأت المعقود عليه رأساً.

قال القدوري: والرواية بخلاف هذا فإن هشاماً روى أن محمداً قال: في رجل دفع إلى رجل شبهاً ليضرب له طشتاً موصوفاً فضربه كوزاً إن صاحبه بالخيار إن شاء ضمنه مثل شبهه والكوز للعامل؛ وإن شاء أخذه وأعطاه أجر مثله لا يجاوز ما سمّى ففي السراويل يجب أن يكون كذلك، ووجهه ما مر أن العقد وقع على الضرب والصناعة صفة له فقد وافق في أصل المعقود عليه وخالف في الصفة فيثبت للمستعمل الخيار.

وروى ابنُ سماعة وبشر عن أبي يوسف في رجل أمر رجلاً أن ينزع له ضرساً متآكلاً فنزع ضرساً متآكلاً، فقال الآمر أمرتك بغير هذا بهذا الأجر وقال المأمور أمرتني بالذي نزعت؛ فإن أبا حنيفة قال في ذلك القول قول الآمر مع يمينه لما بينا أن الأمر يستفاد من قبله خاصة فكان القول في المأمور به قوله. وذكر في «الأصل» في رجل دفع إلى صباغ ثوباً ليصبغه أحمر فصبغه أحمر على ما وصف له بالعصفر ثم اختلفا في الأجر فقال الصباغ عملته بدرهم، وقال رب الثوب بدانقين، فإن قامت لهما بينة أخذت بينة الصباغ وإن لم يقم لهما بينة فإني أنظر إلى ما زاد العصفر في قيمة الثوب، فإن كان درهماً أو أكثر أعطيته درهماً بعد أن يحلف الصباغ ما صبغته بدانقين، وإن كان ما زاد في الثوب من العصفر أقل من دانقين أعطيته دانقين بعد أن يحلف صاحب الثوب ما صبغته إلا بدانقين أما إذا قامت لهما بينة فلأن بينة الصباغ تثبت زيادة الأجرة فكانت أولى بالقبول وأما إذا لم تقم لهما بينة فلأن ما زاد العصفر في قيمة الثوب إذا كان درهماً أو أكثر كان الظاهر شاهداً للصباغ إلا أنه لا يزاد على درهم لأنه رضي بسقوط الزيادة؛ وإذا كان ما زاد العصفر دانقين كان الظاهر شاهداً لرب الثوب إلا أنه لا ينقص من دانقين لأنه رضي بذلك.

وإن كان يزيد في الثوب نصف درهم قال أعطيت الصباغ ذلك بعد أن يحلف ما صبغته بدانقين لما ذكرنا أن الدعوى إذا سقطت للتعارض بحكم الصبغ فوجب قيمة الصبغ؛ وهذا بخلاف القصار مع رب الثوب إذا اختلفا في مقدار الأجرة ولا بينة لهما أن القول قول رب الثوب مع يمينه، لأنه ليس في الثوب عين مال قائم للقصار فلم يوجد ما يصلح حكماً فيرجع إلى قول صاحب الثوب لأن القصار يدعي عليه زيادة ضمان وهو ينكر فكان القول قوله مع يمينه.

وكذلك كل صبغ له قيمة فإن كان الصبغ أسود فالقول قول رب الثوب مع يمينه على أصل أبي حنيفة أن السواد نقصان عنده، وكذلك كل صبغ ينقص الثوب. لأنه تعذر القضاء بالدعوى للتعارض ولا سبيل إلى الرجوع إلى قيمة الصبغ لأنه لا قيمة له فيرجع إلى قول المستحق عليه.

ولو اختلف الصباغ ورب الثوب فقال رب الثوب أمرتك بالعصفر.

وقال الصباغ بالزعفران، فالقول قول رب الثوب في قولهم جميعاً. لأن الأمر يستفاد من قبله ومن هذا النوع ما إذا أمر المستعمل الصانع بالزيادة من عنده ثم اختلفا فقال في الأصل في رجل دفع غزلاً إلى حائك ينسجه ثوباً وأمره أن يزيد في الغزل رطلاً من عنده مثل غزله على أن يعطيه ثمن الغزل وأجرة الثوب دراهم مسماةً فاختلفا بعد الفراغ من الثوب، فقال الحائك: قد زدت وقال رب الثوب لم تزد فالقول قول رب الغزل مع يمينه على عمله لأن الصانع يدعي على صاحب الثوب الضمان وهو ينكر فكان القول قول المنكر مع يمينه على عمله لأنه يمين على فعل الغير، فإن حلف برىء؛ وإن نكل عن اليمين لزمه مثل الغزل، لأن النكول حجة يقضىٰ بها في هذا الباب، فإن أقام الصانع بينة قبلت بينته.

ولو اتفقا أن غزل المستعمل كان منا، وقال الصانع قد زدت فيه رطلاً فوزن الثوب فوجد زائداً على ما دفع إليه زيادة لم يعلم أن مثلها يكون من الدقيق وادعى رب الثوب أن الزيادة من الدقيق فالوقل قول الصانع، لأن رب الثوب يدعي خلاف الظاهر، وإن كان الثوب مستهلكاً قبل أن يعلم وزنه ولم يقر المستعمل أن فيه ما قال الصانع فالقول قول رب الثوب لأن الصانع يدعي عليه الضمان ولا ظاهر ههنا يشهد له فلم يقبل قوله.

وقال هشام عن محمد: في رجل دفع إلى صائغ عشرة دراهم فضة، وقال زد عليها درهمين قرضاً عليَّ فصغه قلباً وأجرك درهم فصاغه وجاء به محشواً فاختلفا فقال الصائغ قد زدت عليه درهمين، وقال رب القلب لم تزد شيئاً.

قال محمد: يتحالفان ثم الصائغ بالخيار إن شاء دفع القلب وأخذ منه أجرة خمسة دوانيق، وإن شاء دفع إليه عشرة دراهم فضةً وأخذ القلب.

أما التحالف: فلأن الصائغ يدعي على صاحب القلب القرض وهو ينكر فيستحلف وصاحب القلب يدعي على الصائغ استحقاق القلب بغير شيء وهو ينكر فيستحلف، وإذا بطل دعوى الصائغ في القلب علم أن الوزن عشرة وإنما بذل صاحب القلب للصائغ درهماً لصياغته اثني عشر درهماً؛ فإذا لم تثبت الزيادة تلزمه للعشرة خمس دوانيق وإنما كان للصائغ أن يحبس القلب ويعطي صاحب القلب مثل فضته لأن عنده أن الزيادة ثابتة وأنه يتقرر ببطلان حقه عليها من غير عوض القرض فلا يجوز استحقاقها من غير رضاه ولا ضرر على صاحب القلب لأنه وصل إليه مثل حقه.

وقال ابن سماعة عن محمد: في رجل دفع إلى نداف ثوباً وقطناً يندف عليه وأمره أن يزيد من عنده ما رأى ثم إن صاحب الثوب أتاه وقد ندف على الثوب عشرين أستاراً من قطن فاختلفا، فقال صاحب الثوب دفعت إليك خمسة عشر أستاراً من قطن وأمرتك أن تزيد عليه عشرة وتنقص إن رأيت فلم تزد إلا خمسة أساتير.

وقال النداف: دفعت إليَّ عشرة وأمرتني أن أزيد عشرة فزدتها فالقول قول النداف، وعلى صاحب الثوب أن يدفع إليه عشرة أساتير من قطن كما ادعى لأن صاحب الثوب لا يدعي على النداف مخالفة ما أمره به وإنما يدعي أنه دفع إليه خمسة عشر أستاراً فكان القول قول النداف في مقداره فتبقى العشرة زيادة فيضمنها صاحب الثوب، وإن كان صاحب الثوب قال دفعت إليك خمسة عشر وأمرتك أن تزيد عليه خمسة عشر.

وقال النّداف: دفعت إليَّ عشرة وأمرتني أن أزيد عليه عشرة فردت عليه عشرة فصاحب الثوب في هذا بالخيار إن شاء صدقه ودفع إليه عشرة أساتير وأخذ ثوبه وإن شاء أخذ قيمة ثوبه ومثل عشرة أساتير قطن وكان الثوب للنداف لأن النداف يزعم أنه فعل ما أمره به وصاحب الثوب يدعي الخلاف فكان القول قوله فيما أمر به والقول قول النداف في مقدار ما قبض.

وقال بشر عن أبـي يوسف: في رجل أعطى رجلاً ثوباً ليقطعه قباءً محشواً ودفع إليه البطانة والقطن فقطعه وخاطه وحشاه واتفقا على العمل والأجر، فإن الثوب ثوب رب الثوب والقطن قطنه غير أن رب الثوب إن قال إن البطانة ليست بطانتي فالقول في ذلك قول الخياط مع يمينه ألبتة أن هذا بطانته ويلزم رب الثوب ويسع رب الثوب أن يأخذ البطانة فيلبسها، لأن البطانة أمانة في يد الخياط فكان القول قوله فيها ثم إن كانت بطانة صاحب الثوب حل له لبسها وإن كانت غيرها فقد رضي الخياط بدفعها إليه بدل بطانته فحل له لبسها.

وروى بشر وابن سماعة عن أبـي يوسف: فيمن أعطى حمالاً متاعاً ليحمله من موضع بأجر معلوم فحمله، ثم اختلفا فقال رب المتاع ليس هذا متاعي، وقال الحمال هو متاعك فالقول قول الحمال مع يمينه ولا ضمان عليه ولا يلزم الآمر الأجر إلا أن يصدقه ويأخذه؛ لأن المتاع أمانة في يد الحمال فكان القول قوله ولا يلزم صاحب المتاع لأنه لم يعترف باستيفاء المنافع، فإن صدقه فقد رجع عن قوله فوجب عليه الأجر قال: والنوع الواحد والنوعان في هذا سواء إلا أنه في النوع الواحد أفحش وأقبح، يريد بهذا لو حمله طعاماً أو زيتاً.

وقال الأجير: هذا طعامك بعينه، وقال رب الطعام كان طعامي أجود من هذا فإن هذا يفحش أن يكون القول فيه قول رب الطعام ويبطل الأجر ويحسن أن يكون القول قول الحمال ويأخذ الأجر إن كان قد حمله، فأما إذا كانا نوعين مختلفين بأن جاء بشعير.

وقال رب الطعام: كان طعامي حنطة فلا أجر للحمال حتى يصدقه ويأخذه وإنما قال يقبح في الجنس الواحد، لأن عند اتحاد الجنس يملك صاحب الطعام أن يأخذ الشعير عوضاً عن طعامه لأن الحمال قد بذل له ذلك، فإذا أخذ العوض سلمت له المنفعة، فأما في النوعين فلا يسعه أن يأخذ النوع الآخر إلا بالتراضي بالبيع فما لم يصدقه لا يستحق عليه الأجر.

ولو اختلف الصانع والمستأجر في أصل الأجر كالنساج والقصار والخفاف والصباغ، فقال رب الثوب والخف عملته لي بغير شرط، وقال الصانع: لا بل عملته بأجرة درهم أو اختلف رب الدار مع المستأجر، فقال رب الدار أجرتها منك بدرهم.

وقال الساكن: بل سكنتها عارية فالقول قول صاحب الثوب والخف وساكن الدار في قول أبـي حنيفة

مع يمينه ولا أجر عليه، وقال أبو يوسف: إن كان الرجل حراً ثقة فعليه الأجر وإلا فلا.

وقال محمد: إن كان الرجل انتصب للعمل فالقول قوله وإن لم يكن انتصب للعمل فالقول قول صاحبه، وعلى هذا الخلاف إذا اتفقا على أنهما لم يشترطا الأجر لكن الصانع قال إني إنما عملت بالأجر، وقال رب الثوب ما شرطت لك شيئاً فلا يستحق شيئاً.

وجه قولهما: اعتبار العرف والعادة فإن انتصابه للعمل وفتحه الدكان لذلك دليل على أنه لا يعمل إلا بالأجرة، وكذا إذا كان حُرًّا ثقةً فكان العقد موجوداً دلالة والثابت دلالة كالثابت نصاً.

ولأبي حنيفة: أن المنافع على أصلنا لا تتقوم إلا بالعقد ولم يوجد، أما إذا اتفقا على أنهما لم يشترطا الأجر فظاهر، وكذا إذا اختلفا في الشرط، لأن العقد لا يثبت مع الاختلاف للتعارض فلا تجب الأجرة ثم إن كان في المصنوع عين قائمة للصانع كالصبغ الذي يزيد والنعل يغرم رب الثوب والخف للصانع ما زاد الصبغ والنعل فيه لا يجاوز به درهماً وإلا فلا والله عز وجل أعلم.

فصل: وأما بيان ما ينتهي به عقد الإجارة فعقد الإجارة ينتهي بأشياء.

منها: الإقالة لأنه معاوضة المال بالمال فكان محتملاً للإقالة كالبيع.

ومنها: موت من وقع له الإجارة إلا لعذر عندنا، وعند الشافعي لا تبطل بالموت كبيع العين.

والكلام فيه على أصل ذكرناه في كيفية انعقاد هذا العقد وهو أن الإجارة عندنا تنعقد ساعةً فساعةً على حسب حدوث المنافع شيئاً فشيئاً، وإذا كان كذلك فما يحدث من المنافع في يد الوارث لم يملكها المورث لعدمها والملك صفة الموجود لا المعدوم فلا يملكها الوارث إذ الوارث إنما يملك ما كان على ملك المورث فما لم يملكه يستحيل وراثته بخلاف بيع العين، لأن العين ملك قائم بنفسه ملكه المورث إلى وقت الموت فجاز أن ينتقل منه إلى الوارث لأن المنافع لا تملك إلا بالعقد وما يحدث منها في يد الوارث لم يعقد عليه رأساً لأنها كانت معدومة حال حياة المورث والوارث لم يعقد عليها فلا يثبت الملك فيها للوارث.

وعند الشافعي: منافع المدة تجعل موجودة للحال كأنها أعيان قائمة فأشبه بيع العين والبيع لا يبطل بموت أحد المتبايعين كذا الإجارة، وعلى هذا يخرج ما إذا أجر رجلان داراً من رجل ثم مات أحد المؤاجِرين أن الإجارة تبطل في نصيبه عندنا وتبقى في نصيب الحي على حالها؛ لأن هذا شيوع طارىء وأنه لا يؤثر في العقد في الرواية المشهورة لما بينا فيما تقدم.

وكذلك لو استأجر رجلان من رجل داراً فمات أحد المستأجرين فإن رضي الوارث بالبقاء على العقد ورضي العاقد أيضاً جاز ويكون ذلك بمنزلة عقد مبتدأ ولو مات الوكيل بالعقد لا تبطل الإجارة، لأن العقد لم يقع له وإنما هو عاقد وكذا لو مات الأب أو الوصي لما قلنا وكذا لو مات أبو الصبي في استئجار الظئر لا تنقض الإجارة؛ لأن الإجارة وقعت للصبي والظئر وهما قائمان، ولو مات الظئر انتقضت الإجارة، وكذا لو مات الصبي، لأن كل واحد منهما معقود له.

والأصل: أن الإجارة تبطل بموت المعقود له ولا تبطل بموت العاقد وإنما كان كذلك لأن استيفاء

العقد بعد موت من وقع له العقد يوجب تغيير موجب العقد لأن من وقع له إن كان هو المؤاجِر فالعقد يقتضي استيفاء المنافع من ملكه ولو بقيناه بعد موته لاستوفيت المنافع من ملك غيره وهذا خلاف مقتضى العقد، وإن كان هو المستأجِر فالعقد يقتضي استحقاق الأجرة من ماله.

ولو بقينا العقد بعد موته لاستحقت الأجرة من مال غيره؛ وهذا خلاف موجب العقد بخلاف ما إذا مات مَنْ لم يقع العقد له كالوكيل ونحوه، لأن العقد منه لا يقع مقتضياً استحقاق المنافع ولا استحقاق الأجرة من ملكه فإبقاء العقد بعد موته لا يوجب تغيير موجب العقد، وكذلك الولي في الوقف إذا عقد ثم مات لا تنتقض الإجارة لأن العقد لم يقع له فموته لا يغير حكمه.

ولو استأجر دابة إلى مكة فمات المؤاجر في بعض المفازة فله أن يركبها أو يحمل عليها إلى مكة أو إلى أقرب الأماكن من المصر، لأن الحكم ببطلان الإجارة ههنا يؤدي إلى الضرر بالمستأجر لما فيه من تعريض ماله ونفسه إلى التلف فجعل ذلك عذراً في بقاء الإجارة وهذا معنى قولهم إن الإجارة كما تفسخ بالعذر تبقى بالعذر.

وقالوا: فيمن اكترى إبلاً إلى مكة ذاهباً وجائياً فمات الجمّال في بعض الطريق فللمستأجر أن يركبها إلى مكة أو يحمل عليها وعليه المسمى، لأن الحكم بانفساخ الإجارة في الطريق إلحاق الضرر بالمستأجر؛ لأنه لا يجد ما يحمله ويحمل قماشه وإلحاق الضرر بالورثة إذا كانوا غيباً؛ لأن المنافع تفوت من غير عوض فكان في استيفاء العقد نظر من الجانبين فإذا وصل إلى مكة رفع الأمر إلى الحاكم لأنه لا ضرر عليه في فسخ الإجارة عند ذلك لأنه يقدر على أن يستأجر من جمال آخر ثم ينظر الحاكم في الأصلح.

فإن رأى بيع الجمال وحفظ الثمن للورثة أصلح فعل ذلك، وإن رأى إمضاء الإجارة إلى الكوفة أصلح فعل ذلك، لأنه نصب ناظراً محتاطاً وقد يكون أحد الأمرين أحوط فيختار ذلك قالوا: والأفضل إذا كان المستأجر ثقة أن يمضي القاضي الإجارة.

والأفضل إذا كان غير ثقة أن يفسخها فإن فسخها وقد كان المستأجر عجّل الأجرة سمع القاضي بينته عليها وقضاه من ثمنها، لأن الإجارة إذا انفسخت فللمستأجر إمساك العين حتى يستوفي جميع الأجرة وقام القاضي مقام الغائب فنصب له خصماً وسمع عليه البينة.

ولو مات أحد ممن وقع له عقد الإجارة قبل انقضاء المدة، وفي الأرض المستأجرة زرع لم يستحصد يترك ذلك في الأرض إلى أن يستحصد ويكون على المستأجر أو على ورثته ما سمّى من الأجر لأن في الحكم بالانفساخ وقلع الزرع ضرراً بالمستأجر وفي الإبقاء من غير عِوَضٍ ضرراً بالوارث ويمكن توفير الحقين من غير ضرر بإبقاء الزرع إلى أن يستحصد بالأجر فيجب القول به وإنما وجب المسمى استحساناً.

والقياس: أن يجب أجر المثل، لأن العقد انفسخ حقيقةً بالموت وإنما بقيناه حكماً فأشبه شبهة العقد، واستيفاء المنافع بشبهة العقد توجب أجر المثل كما لو استوفاها بعد انقضاء المدة.

وجه الاستحسان: أن التسمية تناولت هذه المدة فإذا مست الضرورة إلى الترك بعوض كان إيجاب العوض المسمى أَولى لوقوع التراضي، بخلاف الترك بعد انقضاء المدة، لأن التسمية لم تتناول ما بعد انقضاء المدة فتعذر إيجاب المسمى فوجب أجر المثل.

ومنها: هلاك المستأجر والمستأجر فيه لوقوع اليأس عن استيفاء المعقود عليه بعد هلاكه فلم يكن في بقاء العقد فائدة حتى لو كان المستأجَر عبداً أو ثوباً أو حلياً أو ظرفاً أو دابةً معينة فهلك أو هلك الثوب المستأجر فيه للخياطة أو للقصارة بطلت الإجارة لما قلنا.

وإن كانت الإجارة على دوابّ بغير أعيانها فسلم إليه دوابّ فقبضها فماتت لا تبطل الإجارة وعلى المؤاجِر أن يأتيه بغير ذلك لأنه هلك ما لم يقع عليه العقد لأن الدابة إذا لم تكن معينة فالعقد يقع على منافع في الذمة وإنما تسلم العين ليقيم منافعها مقام ما في ذمته فإذا هلك بقي ما في الذمة بحاله فكان عليه أن يعيّن غيرها وقد ذكرنا اختلاف إشارة الروايات في الدار إذا انهدم كلها أو انقطع الماء عن الرحى أو الشرب من الأرض أن الإجارة تنفسخ أو يثبت حق الفسخ فيما تقدم وعلى هذا أيضاً يخرج موت الظئر أن الإجارة تبطل به لأنها مستأجَرة.

ومنها: انقضاء المدة إلا لعذر لأن الثابت إلى غاية ينتهي عند وجود الغاية فتنفسخ الإجارة بانتهاء المدة إلا إذا كان ثمة عذر بأن انقضت المدة وفي الأرض زرع لم يستحصد فإنه يترك إلى أن يستحصد بأجر المثل بخلاف ما إذا انقضت المدة وفي الأرض رطبة أو غرس أنه يؤمر بالقلع، لأن في ترك الزرع إلى أن يدرك مراعاة الحقين والنظر من الجانبين، لأن لقطعه غاية معلومة، فأما الرطبة فليس لقطعها غاية معلومة فلو لم تقطع لتعطلت الأرض على صاحبها فيتضرر به وبخلاف الغاصب إذا زرع الأرض المغصوبة أنه يؤمر بالقلع ولا يترك إلى وقت الحصاد بأجر، لأن الترك في الإجارة لدفع الضرر عن المستأجر نظر له وهو مستحق للنظر لأنه زرع بإذن المالك، فأما الغاصب فظالم متعد في الزرع فلا يستحق النظر بالترك مع ما أنه هو الذي أضر بنفسه حيث زرع أراضي غيره بغير حق فكان مضافاً إليه.

ومنها: عجز المكاتب بعد ما استأجر شيئاً أنه يوجب بطلان الإجارة بلا خلاف، لأن الأجرة استحقت من كسب المكاتب وبالعجز يبطل كسبه فتبطل الإجارة إذ لا سبيل إلى إيجابها من مال المولى، فإن عجز بعد ما استأجر فالإجارة باقية في قول أبـي يوسف.

وقال محمد: تبطل، والكلام فيه راجع إلى أصل نذكره في كتاب الهبة في كيفية ملك المولى كسب المكاتب عند عجزه أن عند أبـي يوسف كسب المكاتب موقوف ملكه في الحقيقة على عجزه أو عتقه، فإن عجز ملكه المولى من الأصل وإن عتق ملكه المكاتب من الأصل، وعند محمد هو ملك المكاتب ثم إذا عجز انتقل إلى المولى كما ينتقل الملك من الميت إلى ورثته بالموت.

ووجه البناء على هذا الأصل: أن عند أبـي يوسف لما وقع الملك للمولى في الكسب من حين وجوده صار كأن الإجارة وجدت من المولى فلا تنتقض بعجز المكاتب ولما كان الملك للمولى فيه من طريق الانتقال من المكاتب عند عجزه على أصل محمد صار بمنزلة انتقال الملك من الميت إلى وارثه عند عجزه وذلك يوجب انتقاض الإجارة كذا هذا.

وأصل هذه المسألة في المكاتب إذا وهبت له هبة ثم عجز أن للواهب أن يرجع في قول أبـي يوسف، وعند محمد لا يرجع، وسنذكره في كتاب الهبة، والله عز وجل أعلم.

كتاب الاستصناع

يحتاج لمعرفة مسائل هذا الكتاب إلى بيان صورة الاستصناع ومعناه وإلى بيان جوازه وإلى بيان حكمه وإلى بيان صفته.

[فصـــل][١]:

أما صورة الاستصناع فهي أن يقول إنسان لصانع من خفافٍ أو صفار أو غيرهما: اعملْ لي خفاً أو آنية من أديم أو نحاس من عندك بثمن كذا، ويبين نوع ما يعمل وقدره وصفته فيقول الصانع نعم.

وأما معناه فقد اختلف المشايخ فيه، قال بعضهم: هو مواعدة وليس ببيع وقال بعضهم: هو بيع لكن للمشتري فيه خيار وهو الصحيح بدليل أن محمداً رحمه الله ذكر في جوازه القياس والاستحسان وذلك لا يكون في العِدَات، وكذا أثبت فيه خيار الرؤية وأنه يختص بالبياعات، وكذا يجري فيه التقاضي وإنما يتقاضى [فيه][٢] الواجب لا الموعود.

ثم اختلفت عباراتهم عن هذا النوع من البيع، قال بعضهم: هو عقد على مبيع في الذمة، وقال بعضهم: هو عقد على مبيع في الذمة شرط فيه العمل.

وجه القول الأول: أن الصانع لو أحضر عيناً كان عملها قبل العقد ورضي به المستصنع لجاز، ولو كان شرط العمل من نفس العقد لما جاز لأن الشرط يقع على عمل في المستقبل لا في الماضي.

والصحيح هو القول الأخير لأن الاستصناع طلب الصنع فما لم يشترط فيه العمل لا يكون استصناعاً فكان مأخذ الاسم دليلاً عليه، ولأن العقد على مبيع في الذمة يسمى سَلَماً وهذا العقد يسمى استصناعاً واختلاف الأسامي دليل اختلاف المعاني في الأصل.

وأما إذا أتى الصانع بعين صنعها قبل العقد ورضي به المستصنع فإنما جاز لا بالعقد الأول بل بعقد آخر وهو التعاطي بتراضيهما.

فصل: وأما جوازه فالقيـاس أن لا يجوز لأنه بيع ما ليس عند الإنسان لا على وجه السلم وقد «**نَهَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عَنْ بَيْعِ مَا لَيْسَ عِنْدَ الإنسان ورخص في السلم**»[٣] ويجوز استحساناً لإجماع الناس على ذلك

(١) سقط من مخطوطة ـ م ـ.
(٢) سقط من مخطوطة ـ م ـ.
(٣) تقدم.

[١٠٨/أ] لأنهم يعملون/ ذلك في سائر الأعصار من غير نكير، وقد قال عليه الصلاة والسلام: «**لا تجتمع أمتي على ضلالة**»(١) وقال عليه الصلاة والسلام: «**مَا رَآهُ المُسلمونَ حَسَناً فهُوَ عند اللَّهِ حَسَنٌ، ومَا رَآهُ المسلمونَ قبيحاً فهُوَ عندَ اللَّهِ قَبيحٌ**»(٢) والقياس يترك بالإجماع، ولهذا ترك القياس في دخول الحمام بالأجر من غير بيان المدة ومقدار الماء الذي يستعمل، وفي قطعه الشارب للسقاء من غير بيان قدر المشروب، وفي شراء البقل وهذه المحقرات، كذا هذا، ولأن الحاجة تدعو إليه لأن الإنسان قد يحتاج إلى خف أو نعل من جنس مخصوص ونوع مخصوص على قدر مخصوص وصفة مخصوصة وقلما يتفق وجوده مصنوعاً فيحتاج إلى أن يستصنع، فلو لم يجز لوقع الناس في الحرج، وقد خرج الجواب عن قوله إنه معدوم لأنه أُلحق بالموجود لمساس الحاجة إليه كالمسلَم فيه فلم يكن بيع ما ليس عند الإنسان على الإطلاق، ولأن فيه معنى عقدين جائزين وهو السلم والإجارة، لأن السلم عقد على مبيع في الذمة واستئجار الصناع يشترط فيه العمل، وما اشتمل على معنى عقدين جائزين كان جائزاً.

فصل: وأما شرائط جوازه، فمنها بيان جنس المصنوع ونوعه وقدره وصفته لأنه لا يصير معلوماً بدونه.

ومنها: أن يكون مما يجري فيه التعامل بين الناس من أواني الحديد والرصاص والنحاس والزجاج والخفاف والنعال ولجم الحديد للدواب ونصول السيوف والسكاكين والقِسِيّ والنبل والسلاح كله والطشت والقمقمة ونحو ذلك، ولا يجوز في الثياب لأن القياس يأبى جوازه، وإنما جوازه استحساناً لتعامل الناس ولا تعامل في الثياب.

ومنها: أن لا يكون فيه أجل فإن ضرب للاستصناع أجلاً صار سلماً حتى يعتبر فيه شرائط السلم وهو قبض البدل في المجلس، ولا خيار لواحد منهما إذا سلم الصانع المصنوع على الوجه الذي شرط عليه في السلم. وهذا قول أبي حنيفة رحمه الله، وقال أبو يوسف ومحمد: هذا ليس بشرط وهو استصناع على كل حال ضرب فيه أجلاً أو لم يضرب، ولو ضرب للاستصناع فيما لا يجوز فيه الاستصناع [كالثياب](٣) ونحوها أجلاً ينقلب سلماً في قولهم جميعاً.

---

(١) أخرجه بهذا اللفظ: الترمذي في «**جامعه**» كتاب الفتن باب ما جاء في لزوم الجماعة (٢١٦٧) وقال: (هذا حديث غريب من هذا الوجه).

وابن ماجه في «**السنن**» كتاب الفتن باب السواد الأعظم (٣٩٥٠).

وفيه أبو خلف الأعمى: قال في «**التقريب**» نزيل الموصل خادم أنس قيل اسمه حازم بن عطاء، متروك ورماه ابن معين بالكذب اهـ. (٦٣٧).

وأخرجه أحمد في «**المسند**» بلفظ: «**فإن الله عز وجل لن يجمع أمتي إلا على هدى**» وفيه البختري: قال فيه الحافظ ضعيف متروك.

وقال أبو نعيم الحافظ: روى عن أبيه الموضوعات «**التقريب**» (١٢٠) «**الميزان**» (١/ ٢٩٨).

وأخرج الحاكم في «**المستدرك**» عن عمر رضي الله عنه في حديث طويل فيه هذا المعنى (١/ ١١٤) وقال: هذا حديث صحيح على شرط الشيخين. . ، وأقره الذهبي.

(٢) تقدم.

(٣) سقط من مخطوطة ـ م ـ.

وجه قولهما: أن العادة جارية بضرب الأجل في الاستصناع، وإنما يقصد به تعجيل العمل لا تأخير المطالبة فلا يخرج [به][(١)] عن كونه استصناعاً أو يقال قد يقصد بضرب الأجل تأخير المطالبة، وقد يقصد به تعجيل العمل فلا يخرج العقد عن موضوعه مع الشك والاحتمال بخلاف مالا يحتمل الاستصناع/، لأن ما [ب/١٠٨] لا يحتمل الاستصناع لا يقصد بضرب الأجل فيه تعجيل العمل فتعين أن يكون لتأخير المطالبة بالدين وذلك بالسلم، ولأبـي حنيفة رضي الله عنه أنه إذا ضرب فيه أجلاً فقد أتى بمعنى السلم، إذ هو عقد على مبيع في الذمة مؤجلاً، والعبرة في العقود لمعانيها لا لصور الألفاظ، ألا ترى أن البيع ينعقد بلفظ التمليك وكذا الإجارة وكذا النكاح على أصلنا، ولهذا صار سلماً فيما لا يحتمل الاستصناع كذا هذا، ولأن التأجيل يختص بالديون لأنه وضع لتأخير المطالبة وتأخير المطالبة إنما يكون في عقد فيه مطالبة وليس ذلك إلا السلم إذ لا دين في الاستصناع، ألا ترى أن لكل واحد منهما خيار الامتناع من العمل قبل العمل بالاتفاق، ثم إذا صار سلماً يراعى فيه شرائط السلم فإن وجدت صح وإلا فلا.

فصل: وأما حكم الاستصناع فهو: ثبوت الملك للمستصنع في العين المبيعة في الذمة وثبوت الملك للصانع في الثمن ملكاً غير لازم على ما سنذكره [إن شاء الله تعالى][(٢)].

فصل: وأما صفة الاستصناع فهي: أنه عقد غير لازم قبل العمل في الجانبين جميعاً بلا خلاف حتى كان لكل واحد منهما خيار الامتناع قبل العمل كالبيع المشروط فيه الخيار للمتبايعين أن لكل واحد منهما الفسخ، لأن القياس يقتضي أن لا يجوز لما قلنا، وإنما عرفنا جوازه استحساناً لتعامل الناس فبقي اللزوم على أصل القياس.

وأما بعد الفراغ من العمل قبل أن يراه المستصنع فكذلك حتى كان للصانع أن يبيعه ممن شاء، كذا ذكر في الأصل لأن العقد ما وقع على عين المعمول بل على مثله في الذمة لما ذكرنا أنه لو اشترى من مكان آخر وسلّم إليه جاز، ولو باعه الصانع وأراد المستصنع أن ينقض البيع ليس له ذلك، ولو استهلكه قبل الرؤية فهو كالبائع إذا استهلك المبيع قبل التسليم، كذا قال أبو يوسف، فأما إذا أحضر الصانع العين على الصفة المشروطة فقد سقط خيار الصانع وللمستصنع الخيار لأن الصانع بائع ما لم يره فلا خيار له، وأما المستصنع فمشتري ما لم يره فكان له الخيار، وإنما كان كذلك لأن المعقود عليه وإن كان معدوماً حقيقة فقد ألحق بالموجود ليمكن القول بجواز العقد، ولأن الخيار كان ثابتاً لهما قبل الإحضار لما ذكرنا أن العقد غير لازم فالصانع بالإحضار أسقط خيار نفسه فبقي خيار صاحبه على حاله كالبيع الذي فيه شرط الخيار للعاقدين إذا أسقط أحدهما خياره/ إنه يبقى خيار الآخر، كذا هذا. [أ/١٠٩]

هذا جواب ظاهر الرواية عن أبي حنيفة وأبـي يوسف ومحمد رضي الله عنهم وروي عن أبـي حنيفة رحمه الله أن لكل واحد منهما الخيار، وروي عن أبـي يوسف أنه لا خيار لهما جميعاً.

وجه رواية أبـي يوسف: أن الصانع قد أفسد متاعه وقطع جلده وجاء بالعمل على الصفة المشروطة،

---

(١) سقط من مخطوطة ـ م ـ.

(٢) سقط من مخطوطة ـ م ـ.

[فلو كان للمستصنع الامتناع من أخذه لكان فيه إضرار بالصانع بخلاف ما إذا قطع الجلد ولم يعمل، فقال المستصنع: لا أريد لأنا لا ندري أن العمل[1] يقع على الصفة المشروطة] أو لا فلم يكن الامتناع منه إضراراً بصاحبه فثبت الخيار.

وجه رواية أبي حنيفة رحمه الله: أن في تخيير كل واحد منهما دفع الضرر عنه وإنه واجب، والصحيح ظاهر الرواية لأن في إثبات الخيار للصانع ما شرع له الاستصناع وهو دفع حاجة المستصنع، لأنه متى ثبت الخيار للصانع فكل ما فرغ عنه يتبعه من غير المستصنع فلا تندفع حاجة المستصنع.

وقول أبي يوسف: أن الصانع يتضرر بإثبات الخيار للمستصنع مسلم، ولكن ضرر المستصنع بإبطال الخيار فوق ضرر الضانع بإثبات الخيار للمستصنع لأن المصنوع إذا لم يلائمه وطولب بثمنه لا يمكنه بيع المصنوع من غيره بقيمة مثله ولا يتعذر ذلك على الصانع لكثرة ممارسته وانتصابه لذلك، ولأن المستصنع إذا غرم ثمنه ولم تندفع حاجته لم يحصل ما شرع له الاستصناع وهو اندفاع حاجته فلا بد من إثبات الخيار له والله سبحانه وتعالى الموفق.

فإن سلم إلى حداد حديداً ليعمل له إناء معلوماً بأجر معلوم أو جلداً إلى خفاف ليعمل له خفاً معلوماً بأجر معلوم فذلك جائز ولا خيار فيه، لأن هذا ليس باستصناع بل هو استئجار فكان جائزاً فإن عمل كما أمر استحق الأجر، وإن فسد فله أن يضمنه حديداً مثله لأنه لما أفسده فكأنه أخذ حديداً له واتخذ منه آنية من غير إذنه والإناء للصانع لأن المضمونات تملك بالضمان والله أعلم بالصواب.

(١) سقط من مخطوطة ـ م ـ.

كتاب الشفعة

الكلام في هذا الكتاب يقع في مواضع: في بيان سبب ثبوت حق الشفعة وفي بيان شرائط ثبوت حق الشفعة، وفي بيان ما يتأكد به حق الشفعة ويستقر وفي بيان مايبطل به حق الشفعة بعد ثبوته، وفي بيان ما يملك به المشفوع [فيه](١) وفي بيان طريق التمليك وبيان كيفيته وفي بيان شرط التملك وفي بيان مايتملك به وفي بيان المتملك وفي بيان المتملك منه؛ وفي بيان حكم اختلاف الشفيع والمشتري وفي بيان الحيلة في إبطال الشفعة؛ / وفي بيان أنها مكروهة أم لا. [أ/ ٢١٠/ م]

أما سبب وجوب الشفعة فالكلام فيه في موضعين.

أحدهما: في بيان ماهية السبب.

والثاني: في بيان كيفيته.

أما الأول: فسبب وجوب الشفعة أحد الأشياء الثلاثة: الشركة في ملك المبيع والخلطة وهي الشركة في حقوق الملك والجوار وإن شئت قلت أحد الشيئين: الشركة والجوار، ثم الشركة نوعان: شركة في ملك المبيع، وشركة في حقوقه كالشرب والطريق وهذا عند أصحابنا رضي الله عنهم، وقال الشافعي(٢) السبب هو الشركة في ملك المبيع لا غير فلا تجب الشفعة عنده بالخلطة ولا بالجوار.

احتج بما روي عن رسول الله ﷺ أنه قال: «**إنّما الشفعة في مَا لَمْ يُقسَم فإذا وَقَعَت الحدودُ وصُرِّفَت الطرقُ فلا شُفعةَ**»(٣)، فصدر الحديث إثبات الشفعة في غير المقسوم ونفيها في المقسوم لأن كلمة إنما لإثبات المذكور ونفي ما عداه وآخره نفي الشفعة عند وقوع الحدود وصرف الطرق والحدود بين الجارين واقعة والطرق مصروفة فكانت الشفعة منفية؛ ولأن الأخذ بالشفعة تملك مال المشتري من غير رضاه وعصمة ملكه وكون التملك إضراراً يمنع من ذلك فكان ينبغي أن لا يثبت حق الأخذ أصلاً إلا أنا عرفنا ثبوته فيما لم يقسم بالنص غير معقول المعنى فبقي الأمر في المقسوم على الأصل أو ثبت معلولاً بدفع ضررٍ خاص وهو ضرر القسمة لكونه ضرراً لازماً لا يمكن دفعه إلا بالشفعة، فأما ضرر الجوار فليس بلازم بل هو ممكن الدفع بالرفع إلى السلطان والمقابلة بنفسه فلا حاجة إلى دفعه بالشفعة.

(١) سقط من مخطوطة ـ م ـ.
(٢) انظر «**مغني المحتاج**» (٢/ ٢٩٧).
(٣) أخرجه البخاري في «**الصحيح**» كتاب البيوع باب بيع الشريك من شريكه (٢٢١٣) وباب بيع الأرض والدور (٢٢١٤)، وكتاب الشفعة باب الشفعة فيما لم يقسم (٢٢٥٧).

ولنا ما روي أنه سئل رسول الله ﷺ عن أرض بيعت وليس لها شريك ولها جار؛ فقال عليه الصلاة والسلام: «الجَارُ أحقُّ بشُفْعَتِهَا»(١)، وهذا نص في الباب.

وروي عن رسول الله ﷺ أنه قال: «الجَارُ أَحَقّ بصَقَبه»(٢) والصقب الملاصق أي أحق بما يليه وبما يقرب منه؛ وروي «الجَارُ أحقُّ بشُفعته»(٣) وهذا نص في الباب، ولأن حق الشفعة بسبب الشركة إنما يثبت لدفع أذى الدخيل وضرره وذلك متوقع الوجود عند المجاورة فورود الشرع هناك يكون/ [ب/٢١٠/م] وروداً هنا دلالة، وتعليل النص بضرر القسمة غير سديد؛ لأن القسمة ليست بضرر بل هي تكميل منافع الملك وهي ضرر غير واجب الدفع؛ لأن القسمة مشروعة؛ ولهذا لم تجب الشفعة بسبب الشركة في العروض دفعاً لضرر القسمة.

وأما قوله: يمكن دفع الضرر بالمقابلة بنفسه والمرافعة إلى السلطان فنقول: وقد لا يندفع بذلك؛ ولو اندفع فالمقابلة والمرافعة في نفسها ضرر وضرر الجار السوء يكثر وجوده في كل ساعة فيبقى في ضرر دائم.

وأما الحديث: فليس في صدره نفي الشفعة عن المقسوم، لأن كلمة ﴿إنما﴾ لا تقتضي نفي غير المذكور، قال الله تبارك وتعالى: ﴿إِنَّمَا أَنَا بَشَرٌ مثلُكم﴾(٤) وهذا لا ينفي أن يكون غيره عليه الصلاة والسلام بشراً مثله وآخره حجة عليه، لأنه علق عليه الصلاة والسلام سقوط الشفعة بشرطين: وقوع الحدود وصرف الطرق والمعلق بشرطين لا يترك عند وجود أحدهما وعنده يسقط بشرط واحد وهو وقوع الحدود وإن لم تصرف الطرق، ثم هو مؤول وتأويله فإذا وقعت الحدود فتباينت وصرفت الطرق فتباعدت فلا شفعة أو لا شفعة مع وجود من لم ينفصل حده وطريقه فلا شفعة بالقسمة كما لا شفعة بالرد بخيار الرؤية، لأن في القسمة معنى المبادلة فكان موضع الإشكال فأخبر أنه لا شفعة ليزول الإشكال والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب.

وأما بيان كيفية السبب فالكلام فيه في موضعين:

أحدهما: يعم حال انفراد الأسباب واجتماعها.

والثاني: يخص حال الاجتماع.

أما الذي يعم الحالين جميعاً فهو أن السبب أصل الشركة لا قدرها وأصل الجوار لا قدره حتى لو كان للدار شريك واحد أو جار واحد أخذ كل الدار بالشفعة كَثُرَ شركته وجوارُه أو قَلَّ.

وعلى هذا يخرج قول أصحابنا رضي الله عنهم في قسمة الشفعة بين الشركاء عند اتحاد السبب وهو

---

(١) أخرجه أحمد في «المسند» (٣/ ٣٠٣) وأبو داود في «السنن» كتاب البيوع باب في الشفعة (٣٥١٨) والترمذي في «السنن» كتاب الأحكام باب ما جاء في الشفعة للغائب (١٣٦٩) وابن ماجه في «السنن» كتاب الشفعة باب الشفعة بالجوار (٢٤٩٤)، والدارمي في «السنن» كتاب البيوع باب في الشفعة (٢/ ٢٧٣).

(٢) أخرجه البخاري في «صحيحه» كتاب الشفعة باب عرض الشفعة على صاحبها قبل البيع (٢٢٥٨) والنسائي في «المجتبى» كتاب البيوع باب ذكر الشفعة وأحكامها (٧/ ٣٢٠) بلفظ: (بسقبه) بالسين.
وأخرجه أبو داود في «السنن» باب في الشفعة من كتاب البيوع (٣٥١٦).

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) سورة الكهف، الآية: (١١٠).

الشركة أو الجوار أنها تقسم على عدد الرؤوس لا على قدر الشركة، وعند الشافعي[1] رحمه الله على قدر الشركة في ملك المبيع حتى لو كانت الدار بين ثلاثة نفر لأحدهم نصفُها وللآخر ثلثها ولآخر سدسها فباع صاحب النصف نصيبه كانت الشفعة/ بين الباقين نصفين عندنا على عدد الرؤس وعنده أثلاثاً ثلثاه لصاحب [أ/٢١١م] الثلث وثلثه لصاحب السدس على قدر الشركة.

وجه قوله: أن حق الشفعة من حقوق الملك لأنه ثبت لتكميل منافع الملك فيتقدر بقدر الملك كالثمرة والغلة.

ولنا: أن السبب في موضع الشركة أصل الشركة وقد استويا فيه فيستويان في الاستحقاق، والدليل على أن السبب أصل الشركة دلالة الإجماع والمعقول؛ أما دلالة الإجماع فلأن الشفيع إذا كان واحداً يأخذ كل الدار بالشفعة، ولو كان السبب قدر الشركة لتقدر حق الأخذ بقدرها.

وأما المعقول: فلأن حق الشفعة إنما يثبت لدفع أذى الدخيل وضرره والضرر لا يندفع إلا بأخذ كل الدار بالشفعة فدل أن سبب الاستحقاق في الشركة هو أصل الشركة وقد استويا فيه فبعد ذلك لا يخلو: إما أن يأخذ أحدهما الكل دون صاحبه، وإما أن يأخذ كل واحد منهما الكلَّ لا سبيل إلى الأول، لأنه ليس أحدهما بأولى من صاحبه ولا سبيل إلى الثاني لاستحالة تملك دار واحدة في زمان واحد من اثنين على الكمال فتنصف بينهما عملاً بكمال السبب بقدر الإمكان ومثل هذا جائز فإن من هلك عن ابنين كان ميراثه بينهما نصفين، لأن بنوة كل واحد منهما سبب لاستحقاق كل الميراث إلا أنه لا يمكن إثبات الملك في مال واحد لكل واحد منهما على الكمال لتضايق المحل فينصف بينهما فكذا هذا.

وكذلك إذا كان لدار واحد شفيعان جاران جوارهما على التفاوت بأن كان جوار أحدهما بخمسة أسداس الدار وجوار الآخر لسدسها كانت الشفعة بينهما نصفين لاستوائهما في سبب الاستحقاق وهو أصل الجوار.

وعلى هذا يخرج ما إذا كان للدار شفيعان فأسقط أحدهما الشفعة أن للآخر أن يأخذ كل الدار بالشفعة لوجود سبب الاستحقاق للكل في حق كل واحد منهما وإنما القسمة للتزاحم والتعارض على ما بينا فإذا أسقط أحدهما زال التزاحم والتعارض فظهر حق الآخر في الكل فيأخذ الكل.

وكذلك لو كان الشفعاء جماعة فأسقط بعضهم حقه فللباقين أن يأخذوا الكل بالشفعة لما قلنا.

ولو كان الدار/ شفيعان وأحدهما غائب فللحاضر أن يأخذ كل الدار بالشفعة لأن سبب ثبوت الحق [ب/٢١١م] على الكمال وجد في حقه وقد تأكد حقه بالطلب ولم يعرف تأكد حق الغائب لأنه محتمل يحتمل أن يطلب، ويحتمل أن لا يطلب أو يعرض فلم يقع التعارض والتزاحم فلا يمنع الحاضر من استيفاء حقه الثابت المتأكد بحق يحتمل التأكد والعدم بل يقضىٰ له بالكل عملاً بكمال السبب من غير تعارض، بخلاف ما إذا كان لرجلين على رجل ألف درهم فهلك الرجل وترك ألف درهم وأحد صاحبي الدين غائب أنه لا يسلم إلى

(١) انظر «مغني المحتاج» (٢/ ٣٠٥).

الحاضر إلا خمسمائة لأن هناك حق كل واحد منهما يساوي حق الآخر في التأكد فيقسم بينهما على السوية لوقوع التعارض والتزاحم.

وكذلك لو كان للدار شفعاء بعضهم غائب، وبعضهم حاضر يقضي بالدار بين الحضور على عدد رؤسهم لما قلنا، ولو جعل بعضهم نصيبه لبعض لم يصح جعله في حق غيره وسقط حق الجاعل وقسمت على عدد رؤس من بقي؛ لأن حق الشفعة مما لا يحتمل النقل لأنه ليس بأمر ثابت في المحل فبطل الجعل في حق غيره وسقط حقه لكون الجعل دليل الإعراض وبقي كل الدار بين الباقين فيقسمونها على عدد الرؤس لما ذكرنا.

ولو كان أحدهم حاضراً فقضي له بكل الدار ثم جاء آخر يُقْضَىٰ له بنصف ما في يد الحاضر، فإن جاء ثالث يقضىٰ له بثلث ما في يد كل منهما لوقوع التعارض والتزاحم لاستواء الكل في سبب ثبوت الحق وتأكده فيقسم بينهم على السوية.

ولو أخذ الحاضر الكل ثم قدم الغائب وأراد أن يأخذ النصف، فقال له الحاضر أنا أسلم لك الكل، فإما أن تأخذ أو تدع فليس له ذلك وللذي قدم أن يأخذ النصف، لأن القاضي لما قضى للحاضر بكل الدار تضمن قضاؤه بطلان حق الغائب عن النصف وصار الغائب مقضياً عليه في ضمن القضاء للحاضر بالكل فبعد ذلك وإن بطل القضاء لكن الحق بعدما بطل لا يتصور عوده، ولو قُضِيَ بالدار للحاضر ثم وجد به عيباً فرده ثم قدم الغائب فليس له أن يأخذ بالبيع الأول إلا نصف الدار سواء كان الرد بالعيب بقضاء أو بغير قضاء، وسواء كان قبل القبض أو بعده لما ذكرنا أنه لما قضى القاضي للحاضر بكل الدار بالشفعة فقد أبطل حق الغائب عن النصف وصار هو مقضياً عليه ضرورة القضاء على المشتري فبطلت شفعته في هذا النصف فلا يحتمل العود، سواء كان الرد بالعيب بقضاء أو بغير/ [٢١٢/أ م] قضاء لأنه إنما بطل حقه في النصف بالقضاء بالشفعة وبالرد بالعيب لا يتبين أن القضاء بالشفعة لم يكن، وكذا يستوي فيه الرد قبل القبض وبعده لما قلنا.

ولو أراد الغائب أن يأخذ كل الدار بالشفعة برد الحاضر بالعيب ويدع البيع الأول ينظر إن كان الرد بغير قضاء فله ذلك؛ لأن الرد بغير قضاء بيع مطلق فكان بيعاً جديداً في حق الشفعة فيأخذ الكل بالشفعة كما يأخذ بالبيع المبتدأ هكذا ذكر محمد وأطلق الجواب ولم يفصل بينما إذا كان الرد بالعيب قبل القبض أو بعده؛ من مشايخنا من قال ما ذكر من الجواب محمول على ما بعد القبض، لأن الرد قبل القبض بغير قضاء بيع جديد وبيع العقار قبل القبض لا يجوز على أصله وإنما يستقيم إطلاق الجواب على أصل أبـي حنيفة وأبـي يوسف رحمهما الله.

ومنهم من قال: يستقيم على مذهب الكل لأن رضا الشفيع ههنا غير معتبر لكونه مجبوراً في التمليك فكان رضاه ملحقاً بالعدم، وإن كان بقضاء فليس له أن يأخذ لأنه فسخ مطلق ورفع العقد من الأصل كأنه لم يكن والأخذ بالشفعة يختص بالبيع.

ولو اطَّلَعَ الحاضر على عيب قبل أن يُقْضَىٰ له بالشفعة فسلم الشفعة ثم قدم الغائب فإن شاء أخذ الكل وإن شاء ترك، لأن القاضي إذا لم يقض بالشفعة للحاضر لم يبطل حق الغائب بل بَقِيَ في كل الدار لوجود

سبب استحقاق الكل إلا أنه لم يظهر لمزاحمة الحاضر في الكل وبالتسليم زالت المزاحمة فظهر حق الغائب في كل الدار.

ولو رد الحاضر الدار بالعيب بعدما قُضِيَ له بالشفعة ثم حضر شفيعان أخذا ثلثي الدار بالشفعة والحكم في الاثنين والثلاث سواء يسقط حق الغائب بقدر حصة الحاضر لما قلنا.

وكذا لو كان الشفيع الحاضر اشترى الدار من المشتري/ ثم حضر الغائب؛ فإن شاء أخذ كل الدار [ب/٢١٢] بالبيع الأول، وإن شاء أخذ كلها بالبيع الثاني؛ أما الأخذ بالبيع الأول فلأن حق الحاضر في الشفعة قد بطل بالشراء من المشتري لكون الشراء منه دليل الإعراض فزالت المزاحمة الموجبة للقسمة فبقي حق الغائب في كل الدار فيأخذ الكل بالبيع الأول، إن شاء بخلاف الشفيع إذا اشترى الدار المشفوعة من صاحبها أنه لا تبطل شفعته لأن البطلان بالإقدام على الشراء ولا حق له قبل الشراء ليبطل به.

وأما الأخذ بالبيع الثاني فلأن البيع الثاني وجد ولا حقّ للحاضر في الشفعة لصيرورته معرضاً بالشراء فيظهر حق الأخذ بالكل، ولو كان المشتري الأول شفيعاً للدار فاشتراها الشفيع الحاضر منه ثم قدم الغائب، فإن شاء أخذ نصف الدار بالبيع الأول، وإن شاء أخذ كلها بالبيع الثاني.

أما أخذ النصف بالبيع الأول فلأن المشتري الأول لم يثبت له حق قبل الشراء حتى يكون بشرائه معرضاً عنه، فإذا باعه من الشفيع الحاضر لم يثبت للغائب إلا مقدار ما كان يخصه بالمزاحمة مع الأول وهو النصف.

وأما أخذ الكل بالعقد الثاني فلأن السبب عند البيع الأول أوجب الشفعة للكل في الدار، وقد بطل حق الشفيع الحاضر بالشراء لكون الشراء دليل الإعراض فبقي حق المشتري الأول والغائب في كل الدار؛ فيقسم بينهما للتزاحم فيأخذ الغائب نصف الدار بالبيع الأول إن شاء، وإن شاء أخذ الكل بالعقد الثاني، لأن السبب عند العقد الثاني أوجب للشفيع حق الشفعة ثم بطل حق الشفيع الحاضر عند العقد الأول، ولم يتعلق بإقدامه على الشراء الثاني بعقده حق لإعراضه، فكان للغائب أن يأخذ كل الدار بالعقد الثاني.

ولو كان المشتري الأول أجنبياً اشتراها بألف فباعها من أجنبي بألفين، ثم حضر الشفيع، فالشفيع بالخيار إن شاء أخذ بالبيع الأول، وإن شاء أخذ بالبيع الثاني لوجود سبب الاستحقاق وشرطه عند كل واحد من البيعين/ فكان له الخيار، فإن أخذ بالبيع الأول سلم الثمن إلى المشتري الأول، والعهدة عليه وينفسخ [أ/٢١٣/م] البيع الثاني ويسترد المشتري الثاني الثمن من الأول، وإن أخذ بالبيع الثاني تم البيعان جميعاً والعهدة على الثاني غير أنه إن وجد المشتري الثاني والدار في يده فله أن يأخذ بالبيع الثاني سواء كان المشتري الأول حاضراً أو غائباً، وإن أراد أن يأخذ بالبيع الأول فليس له ذلك حتى يحضر المشتري الأول والثاني، هكذا ذكر القاضي الإمام الإسبيجابي عليه الرحمة في «شرحه مختصر الطحاوي» ولم يحك خلافاً.

وذكر الكرخي عليه الرحمة: أن هذا قول أبي حنيفة ومحمد عليهما الرحمة، وعند أبي يوسف رحمه الله حضرة الأول ليست بشرط وللشفيع أن يأخذ من الذي في يده ويدفع إليه ألفاً ويقال له اتبع الأول وخذ منه ألفاً وإن كان الثاني اشتراه بألف يؤخذ منه ويدفع إليه ألفاً.

وجه قول أبي يوسف: أن حق الشفعة حق متعلق بعين الدار فلا يشترط لاستيفائه حضرة المشتري.

وجه قولهما: أن الأخذ من غير حضرة المشتري الأول يكون قضاء على الغائب لأن الأخذ بالبيع الأول يوجب انفساخ البيع الأول على المشتري الأول على ما نذكره في موضعه إن شاء الله تبارك وتعالى فيكون قضاءً على الغائب من غير أن يكون عنه خصم حاضر وأنه لا يجوز؛ وقوله حق الشفعة متعلق بالعين ممنوع بل لا حق في العين وإنما الثابت حق التمليك على المشتري فلا بد من حضرته، ولو كان المشتري باع نصف الدار ولم يبع جميعها فجاء الشفيع وأراد أن يأخذ بالبيع الأول أخذ جميع الدار ويبطل البيع في النصف الثاني من المشتري الثاني لأن سبب استحقاق الجميع وشرطه موجود عند البيع الأول، فإذا أخذ الكل بالبيع الأول انفسخ البيع في النصف الثاني من المشتري، لأنه تبين أنه تقدم على حق الشفيع في قدر النصف.

وإن أراد أن يأخذ النصف بالبيع الثاني فله ذلك لأن شرط الاستحقاق وهو البيع وجد في النصف وبطلت شفعته في النصف الذي في يد المشتري الأول لوجود دليل/ الإعراض. [ب/٢١٣/م]

ولو كان المشتري لم يبع الدار ولكنه وهبها من رجل أو تصدق بها على رجل وقبضها الموهوب له أو المتصدَّق عليه ثم حضر الشفيع والمشتري والموهوب له حاضِرَان أخذها الشفيع بالبيع لا بالهبة لأن كون العقد معاوضة من شرائط الاستحقاق على ما نذكره إن شاء الله تعالى، ولا بد من حضرة المشتري حتى لو حضر الشفيع ووجد الموهوب له فلا خصومة معه حتى يجد المشتري فيأخذها بالبيع الأول والثمن للمشتري وتبطل الهبة كذا ذكر القاضي من غير خلاف.

وأما الكرخي فقد جعله على الخلاف الذي ذكرنا أن الذي في يده الدار وهو الموهوب له لم يكن خصماً عندهما، وعند أبي يوسف يكون خصماً كما في البيع، ولو وهب المشتري نصف الدار مقسوماً وسلمه إلى الموهوب له ثم حضر الشفيع وأراد أن يأخذ النصف الباقي بنصف الثمن ليس له ذلك ولكنه يأخذ جميع الدار بجميع الثمن أو يدع لأن في أخذ البعض دون البعض تفريق الصفقة على المشتري وإذا أخذ الكل بطلت الهبة وكان الثمن كله للمشتري لا للموهوب له.

ولو اشترى داراً بألف ثم باعها بألفين فعلم الشفيع بالبيع الثاني ولم يعلم بالبيع الأول فأخذها بقضاء أو بغير قضاء ثم علم أن البيع الأول كان بألف فليس له أن ينقض أخذه لأنه لما أخذها بالبيع الثاني فقد ملكها وحق التمليك بالبيع الأول بعد ثبوت الملك له لا يتصور فسقط حقه في الشفعة في البيع الأول ضرورة ثبوت الملك له والثابت ضرورةً يستوي فيه العلم والجهل.

فإن اشتراها بألف ثم زاده في الثمن ألفاً فعلم الشفيع بالألفين ولم يعلم أن الألف زيادة فأخذها بألفين؛ فإذا أخذ بقضاء القاضي أبطل القاضي الزيادة وقضى له بالألف؛ لأن الزيادة غير ثابتة شرعاً في حق الشفيع فكان القضاء بالزيادة قضاء بما ليس بثابت فيبطلها القاضي، وإن أخذها بغير قضاء فليس له أن ينقض أخذه؛ لأن الأخذ بغير قضاء بمنزلة شراء مبتدأ فسقط حقه في الشفعة/ . [أ/٢١٤/م]

ولو كان المشتري حين اشتراه بألف ناقضه البيع ثم اشتراه بألفين فأخذ الشفيع بألفين ولم يعلم بالبيع

الأول ثم علم به لم يكن له أن ينقضه، سواء كان بقضاء أو بغير قضاء لأنه اجتمع بيعان لا يمكن الأخذ بهما، فإذا أخذ بأحدهما انتقض الآخر والله عز وجل أعلم.

وإذا كان للدار جاران أحدهما غائب والآخر حاضر فخاصم الحاضر إلى قاض لا يرى الشفعة بالجوار فأبطل شفعته، ثم حضر الغائب فخاصمه إلى قاضٍ يرى الشفعة قضى له بجميع الدار لأن قضاء القاضي الأول صادفت محل الاجتهاد فنفذ وبطلت شفعة الحاضر فبقيَ حق الغائب في كل الدار لوجود سبب استحقاق الكل فيأخذ الكل بالشفعة؛ ولو كان القاضي الأول قال: أبطلتُ كل الشفعة التي تتعلق بهذا البيع لم تبطل شفعة الغائب كذا قاله محمد وهو صحيح لأنه قضاء على الغائب وأنه لا يجوز والله سبحانه وتعالى أعلم.

وأما الذي يخص حالة الاجتماع فهو: أن أسباب استحقاق الشفعة إذا اجتمعت يراعى فيها الترتيب فيقدمِ الأقوى فالأقوى فيقدم الشريك على الخليط والخَليط على الجار لما روي عن رسول الله ﷺ أنه قال: «**الشَّريكُ أحقّ مِنْ الخليط والخليط أحق من غيره**»[1]، ولأن المؤثر في ثبوت حق الشفعة هو دفع ضرر الدخيل وأذاه وسبب وصول الضرر والأذى هو الاتصال والاتصال على هذه المراتب فالاتصال بالشركة في عين المبيع أقوى من الاتصال بالخلط والاتصال بالخلط أقوى من الاتصال بالجوار، والترجيح بقوة التأثير ترجيح صحيح، فإن سلم الشريك وجبت للخليط.

وإن اجتمع خليطان يقدم الأخص على الأعم، وإن سلم الخليط وجبت للجار لما قلنا، وهذا جواب ظاهر الرواية، وروي عن أبي يوسف أنه إذا سلم الشريك فلا شفعة لغيره.

وجه رواية أبي يوسفُ: أن الحق عند البيع كان للشريك لا لغيره، ألا ترى أن غيره لا يملك المطالبة فإذا سلم سقط الحق أصلاً؛ والصحيح جواب ظاهر الرواية لأن كل واحد من هذه الأشياء الثلاثة سبب صالح للاستحقاق إلا أنه يرجح البعض/ على البعض لقوة في التأثير على ما بينا، فإذا سلم الشريك التحقت شركته [ب/٢١٤/م] بالعدم وجعلت كأنها لم تكن فيراعى الترتيب في الباقي كما لو اجتمعت الخلطة والجوار ابتداء.

وبيان هذا في مسائل: دار بين رجلين في سكة غير نافذة طريقها من هذه السكة باع أحدهما نصيبه فالشفعة لشريكه لأن شريكه في عين الدار وشركة أهل السكة في الحقوق فكان الشريك في عين الدار أولى بالشفعة، فإذا سلم فالشفعة لأهل السكة كلهم يستوي فيه الملاصق وغير الملاصق لأنهم كلهم خلطاء في الطريق فإن سلموا فالشفعة للجار، وعلى ما روي عن أبي يوسف: إذا سلَم الشريك سقطت الشفعة أصلاً. ولو انشعبت من هذه السكة سكة أخرى غير نافذة طريقها من هذه السكة باع أحدهما نصيبه فالشفعة لشريكة لأن شريكته في عين الدار وشركة أهل السكة في الحقوق فكان الشريك في عين الدار أولى بالشفعة، فإذا سلم فالشفعة لأهل السكة كلهم يستوي فيه الملاصق وغير الملاصق لأنهم كلهم خلطاء في الطريق فإن سلموا فالشفعة للجار فعتها أهل السكة العليا وأهل السكة السفلى، لأن خلطتهم في السكة العليا سواء فيستوون في الاستحقاق.

---

(١) قال الزيلعي في «نصب الراية»: غريب.
وأخرجه الطحاوي في «معاني الآثار» كتاب الشفعة باب الشفعة في الجوار (٤/ ١٢٥) بلفظ: ... عن شريح قال: «الخليط أحق من الشفيع، والشفيع أحق ممن سواه».

وقال محمد رحمه الله: أهل الدرب يستحقون الشفعة بالطريق إذا كان ملكهم أو كان فناء غير مملوك، أما إذا كان ملكاً لهم فظاهر لوجود الخلطة وهي الشركة في الطريق، وأما إذا كان فناء غير مملوك فلأنهم أخص به من غيرهم فكان في معنى المملوك، وإن كانت السكة نافذة فبيعت دار فيها فلا شفعة إلا للجار الملاصق لأن الشركة العامة إباحة معنى لما قلنا.

وإن كان مملوكاً فهو في حكم غير النافذ، والطريق النافذ الذي لا يستحق به الشفعة ما لا يملك أهله سده، لأنه إذا كان كذلك يتعلق به حق جميع المسلمين فكانت شركته عامة فيشبه الإباحة.

وعلى هذا يخرج النهر إذا كان صغيراً يسقى منه أراضي معدودة أو كروم معدودة فبيع أرض منها أو كرم إن الشركاء في النهر كلهم شفعاء يستوي الملاصق وغير الملاصق لاستوائهم في الخلطة وهي الشركة في الشرب، وإن كان النهر كبيراً فالشفعة/ [أ/٢١٥م] للجار الملاصق بمنزلة الشوارع.

واختلف في الحد الفاصل بين الصغير والكبير، قال أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله إذا كان تجري فيه السفن فهو كبير وإن كان لا تجري فهو صغير؛ وروي عن أبي يوسف رحمه الله أنه قال: لا أستطيع أن أحد هذا بحد هو عندي على ما أرى حين يقع ذلك.

وروي عن أبي يوسف رحمه الله رواية أخرى: أنه إن كان يسقى منه مراحان أو ثلاثة أو بستانان أو ثلاثة، ففيه الشفعة وما زاد على ذلك فلا، كذا ذكر الكرخي رضي الله عنه الاختلاف بين أصحابنا والقاضي لم يذكر خلافهم وإنما ذكر اختلاف المشايخ رحمهم الله، قال بعضهم: إن كان شركاء النهر بحيث يحصون فهو صغير، وإن كانوا لا يحصون فهو كبير.

وقال بعضهم: إن كانوا مائة فما دونهم فهو صغير وإن كانوا أكثر من مائة فهو كبير، وقال بعضهم هو مفوض إلى رأي القاضي، فإن رآه صغيراً قضى بالشفعة لأهله وإن رآه كبيراً قضى بها للجار الملاصق.

ولو نزع من هذا النهر نهر آخر فيه أرضون أو بساتين وكروم فبيع أرض أو بستان شربه من هذا النهر النازع فأهل هذا النهر أحق بالشفعة من أهل النهر الكبير، ألا ترى أنهم مختصون بشرب النهر النازع فكانوا أولى كما في السكة المتشعبة من سكة غير نافذة، ولو بيعت أرض على النهر الكبير كان أهله وأهل النهر النازع في الشفعة سواء لاستوائهم في الشرب.

قال محمد رحمه الله: في قراح واحد في وسط ساقية جارية شرب هذا القراح منها من الجانبين فبيع القراح فجاء شفيعان أحدهما يلي هذه الناحية في القراح، والآخر يلي الجانب الآخر، قال هما شفيعان في القراح وليست الساقية بحائلة، لأن الساقية من حقوق هذا القراح فلا يعتبر فاصلاً كالحائط الممتد، ولو كانت هذه الساقية بجوار القراح ويشرب منها ألف جريب من هذا القراح فأصحاب الساقية أحق بالشفعة من الجار لأنهم شركاء في الشرب، والشريك مقدم على الجار لما مرّ والله سبحانه وتعالى أعلم.

وعلى هذا يخرج ما روي عن أبي يوسف أنه قال في دار بين رجلين ولرجل فيها طريق فباع أحدهما نصيبه من الدار أن/ [ب/٢١٥م] الشريك أحق بالشفعة من صاحب الطريق لأن الشريك في عين العقار أحق من الخليط.

وكذلك إذا كانت الدار بين رجلين ولأحدهما حائط بأرضه في الدار بينه وبين آخر فباع الذي له شركة في الحائط نصيبه من الدار والحائط فالشريك في الدار أحق بشفعة الدار والشريك في الحائط أولى بالحائط، لأن الشريك في الحائط ليس بشريك في الدار بل هو جار لبقية الدار والشريك مقدم على الجار وكذلك دار بين رجلين ولأحدهما بئر في الدار بينه وبين آخر فباع الذي له شركة في البئر نصيبه من الدار والبئر فالشريك في الدار أحق بشفعة الدار: والشريك في البئر أحق بالبئر لما ذكرنا أن الشريك في البئر جار لبقية الدار والشريك مقدم على الجار.

وكذلك سفل بين رجلين ولأحدهما علو عليه بينه وبين آخر فباع الذي له نصيب في السفل والعلو نصيبه فلشريكه في السفل الشفعة في السفل ولشريكه في العلو الشفعة في العلو ولا شفعة لشريكه في السفل في العلو ولا لشريكه في العلو في السفل لأن شريكه في السفل جار العلو وشريكه في حقوق العلو، وإن كان طريق العلو فيه ليس بشريك له في العلو والشريك في عين البقعة أو ما هو في معنى البقعة مقدم على الجار والشريك في الحقوق وشريكه في العلو جار للسفل أو شريكه في الحقوق إذا كان طريق العلو في تلك الدار ولا شركة له في عين البقعة فكان الشريك في عين البقعة أولى.

ولو كان لرجل علو على دار وطريقه فيها وبقية الدار لآخر فباع صاحب العلو العلو بطريقه فالقياس أن لا شفعة لصاحب السفل في العلو، وفي الاستحسان تجب.

وجه القياس: أن من شرائط وجوب الشفعة أن يكون المبيع عقاراً والعلو منقول فلا تجب فيه الشفعة كما لا تجب في سائر المنقولات..

وجه الاستحسان: أن العلو في معنى العقار، لأن حق البناء على السفل حق لازم لا يحتمل البطلان فأشبه العقار الذي لا يحتمل الهلاك فكان ملحقاً بالعقار فيعطىٰ حكمه، ولو/ كان طريق هذا العلو في دار [أ/٢١٦/م] رجل آخر فبيع العلو فصاحب الدار التي فيها الطريق أولى بشفعة العلو من صاحب الدار التي عليها العلو لأن صاحب الدار التي فيها الطريق شريك في الحقوق وصاحب الدار التي عليها العلو جار والشريك مقدم على الجار، فإن سلم صاحب الطريق الشفعة، فإن لم يكن للعلو جار ملاصق أخذه صاحب الدار التي عليها العلو بالجوار لأنه جاره وإن كان للعلو جار ملاصق أخذه بالشفعة مع صاحب السفل لأنهما جاران، وإن لم يكن جار العلو ملاصقاً وبين العلو وبين مسكنه طائفة من الدار فلا شفعة له لأنه ليس بجار.

ولو باع صاحب السفل السفل كان صاحب العلو شفيعاً لأنه جاره وليس شريكه وهو كدارين متجاورتين لأحدهما خشب على حائط الآخر إن صاحب الخشب لا يستحق إلا بالجوار ولا يستحق بالخشب شيئاً، ولو بيعت الدار التي فيها طريق العلو فصاحب العلو أولى بشفعة الدار من الجار، لأنه شريك في الحقوق فكان مقدماً على الجار.

وروي عن أبي يوسف أنه قال في بيت عليه غرفتان إحداهما فوق الأخرى ولكل غرفة طريق في دار أخرى وليس بينهما شركة في الطريق فباع صاحب البيت الأوسط بيته وسلم صاحب الطريق فالشفعة لصاحب

العلو ولصاحب السفل جميعاً لاستوائهما في الجوار، فإن باع صاحب العلو كانت الشفعة للأوسط دون الأسفل، لأن الجوار له لا للأسفل.

وعلى هذا يخرج ما روي عن أبي يوسف أنه قال: في دار فيها مسيل ماء لرجل آخر فبيعت الدار كانت له الشفعة بالجوار لا بالشركة وليس المسيل كالشرب لأن صاحب المسيل مختص بمسيل الماء لا شركة للآخر فيه فصار كحائط لصاحب إحدى الدارين في الأخرى، ولو أن حائطاً بين داري رجلين والحائط بينهما فصاحب الشركة في الحائط أولى بالحائط من الجار وبقية الدار يأخذها بالجوار مع الجار بينهما، هكذا روي عن أبي يوسف وزفر رحمهما الله، وروي عن أبي يوسف رواية أخرى أن الشريك في الحائط أولى بجميع الدار.

[ب/٢١٦/م] وجه هذه الرواية: أن الشريك في الحائط شريك في بعض المبيع فكان أولى من الجار/ الذي لا شركة له كالشريك في الشرب والطريق.

وجه الرواية الأولى: أن الشريك في الحائط شريك لكن في بقعة معينة وهي ما تحت الحائط لا في بقية الدار بل هو جار في بقية الدار فكان أولى بما هو شريك فيه وبقية الدار بينه وبين الجار الآخر لاستوائهما في الجوار، وكذلك الدار لرجل فيها بيت بينه وبين غيره فباع الرجل الدار وطلب الجار الشفعة وطلبها الشريك في البيت فصاحب الشركة في البيت أولى بالبيت وبقية الدار بينهما نصفان.

قال الكرخي عليه الرحمة: وأصح الروايات عن أبي يوسف أن الشريك في الحائط أولى ببقية الدار من الجار لما ذكرنا من تحقق الشركة في نفس المبيع والشريك مقدم على الجار قال: وعن محمد مسألة تدل على أن الشريك في الحائط أولى فإنه قال في حائط بين دارين لكل واحد منهما عليه خشبة ولا يعلم أن الحائط بينهما إلا بالخشبة فبيعت إحدى الدارين قال: فإن أقام الآخر بينة أن الحائط بينهما فهو أحق من الجار لأنه شريك وإن لم يقم بينة لم أجعله شريكاً، وقوله: أحق من الجار أي أحق بالجميع لا بالحائط خاصة، وهذا هو مقتضى ظاهر هذا الإطلاق.

وروي عن أبي يوسف: فيمن اشترى حائطاً بأرضه ثم اشترى ما بقي من الدار ثم طلب جار الحائط الشفعة فله الشفعة في الحائط ولا شفعة له فيما بقي من الدار لأنه لم يكن جاراً لبقية الدار وقت البيع إذ الحائط حال بين ملكه وبقية الدار فلا تجب الشفعة له.

وروي عن أبي يوسف: في دار بين رجلين لرجل فيها طريق فباع أحدهما نصيبه من الدار فشريكه في الدار أحق بالشفعة في الدار ولصاحب الطريق الشفعة في الطريق، لأن الطريق إذا كان معيناً كان بمنزلة الحائط على ما ذكرنا وهذا على الرواية التي تقول الشريك في الحائط جار في بقية الدار على ما ذكرنا فيما تقدم والله أعلم.

فصل: وأما شرائط وجوب الشفعة فأنواع:

منها: عقد المعاوضة وهو البيع أو ما هو في معناه فلا تجب الشفعة فيما ليس ببيع ولا بمعنى البيع حتى [أ/٢١٧/م] لا/ تجب بالهبة والصدقة والميراث والوصية، لأن الأخذ بالشفعة يملك على المأخوذ منه بمثل ما ملك هو، فإذا انعدم معنى المعاوضة فلو أخذ الشفيع، فإما أن يأخذ بالقيمة وإما أن يأخذ مجاناً بلا عوض، لا سبيل إلى

الأول، لأن المأخوذ منه لم يملكه بالقيمة ولا سبيل إلى الثاني؛ لأن الحد على التبرع ليس بمشروع فامتنع الأخذ أصلاً، وإن كانت الهبة بشرط العوض، فإن تقابضا وجبت الشفعة لوجود معنى المعاوضة عند التقابض، وإن قبض أحدهما دون الآخر فلا شفعة عند أصحابنا الثلاثة.

وعند زفر: تجب الشفعة بنفس العقد، وهذا بناء على أصل وهو أن الهبة بشرط العوض عندنا تبرع ابتداءً معاوضةٌ انتهاءً وعنده معاوضة ابتداء وانتهاء ودلائل هذا الأصل في كتاب الهبة نذكرها هناك إن شاء الله تعالى.

ولو وهب عقاراً من غير شرط العوض ثم إن الموهوب له عوضه من ذلك داراً فلا شفعة في الدارين لا في دار الهبة ولا في دار العوض، لأن إعطاء دار العوض هبة مبتدأة إلا أنها اختصت بالمنع من الرجوع إلا أن تكون عوضاً حقيقة بدليل أنه لو وهب عشرة دراهم فعوضه بخمسة جاز، ولو كان عوضاً حقيقةً لما جاز، لأنه يكون رباً دل أن الثاني ليس بعوض عن الأول حقيقة فلم يكن هذا معاوضة بل كان هبة مبتدأة فلم تجب به الشفعة وتجب الشفعة في الدار التي هي بدل الصلح سواء كان الصلح على الدار عن إقرار أو إنكار أو سكوت لوجود معنى المعاوضة.

أما في الصلح عن إقرار فظاهر؛ لأن المدعى ملك المدعي في حق المدعي والمدعى عليه فكانت الدار التي هي بدل الصلح عوضاً عن ملك ثابت في حقهما جميعاً فيتحقق معنى المعاوضة في هذا الصلح.

وأما في الصلح عن إنكار فلأن عند المدعي أنه أخذ الدار عوضاً عن ملكه الثابت، فكان الصلح معاوضة في حقه، وكان للشفيع فيها حق الشفعة، وكذا في الصلح عن سكوت المدعى عليه، لأن المدعي إن كان محقاً في دعواه كان بدل الصلح/ عوضاً عن ملكه حقيقة، وإن كان مبطلاً كان عوضاً عن ملكه في زعمه [ب/٢١٧/م] فيتحقق معنى المعاوضة في زعمه، وكذا تجب الشفعة في الدار المصالح عنها عن إقرار لوجود معنى المعاوضة في هذا الصلح من الجانبين جميعاً.

وأما عن إنكار فلا تجب به الشفعة، لأن في زعم المدعى عليه أن الدار المدعاة ملكه، وإنما بذل المال لدفع الخصومة الباطلة فلا يتحقق معنى المعاوضة في حقه، فلم يكن للشفيع أن يأخذها منه بالشفعة للحال، ولكنه يقوم مقام المدعي في إقامة الحجة فإن أقام البينة على صاحب اليد أن الدار كانت للمدعي أو حلف المدعى عليه فنكل، فله الشفعة لأنه تبين أن الصلح وقع معاوضة حقيقة وإن لم تقم له الحجة فلا شفعة له.

وكذلك لا تجب الشفعة في الدار المصالح عنها عن سكوت؛ لأن المدعي إن كان محقاً في دعواه كان الصلح معاوضة فتجب الشفعة، وإن كان مبطلاً لم يكن معاوضة في حق المدعى عليه فلا تجب الشفعة مع الاحتمال، لأن الحكم كما لا يثبت بدون شرطه لا يثبت مع وجود الشك في شرطه، لأن غير الثابت بيقين لا يثبت بالشك.

ولو كان بدل الصلح منافع فلا شفعة في الدار المصالح عنها؛ سواء كان الصلح عن إنكار أو إقرار، لأن بدل الصلح ليس بعين مال فلم يكن هذا الصلح معاوضة عين المال بعين المال، وهذا من شرائط ثبوت الشفعة على ما نذكره إن شاء الله تعالى.

ولو اصطلحا على أن يأخذ المدعى عليه الدار ويعطيه داراً أخرى، فإن كان الصلح عن إنكار تجب في كل واحدة من الدارين الشفعة بقيمة الدار الأخرى لأن الصلح إذا كان عن إنكار كان الصلح على معاوضة دار بدار، وإن كان عن إقرار لا يصح الصلح ولا تجب الشفعة في الدارين جميعاً لأنهما جميعاً ملك المدعي.

ولو اشترى داراً فسلم الشفيع الشفعة، ثم رد المشتري الدار بخيار رؤية أو شرط قبل القبض أو بعده، فأراد الشفيع أن يأخذ الدار بالشفعة بسبب الردّ لم يكن له ذلك، لأن الرد بخيار الرؤية والشرط ليس في معنى البيع.

[أ/٢١٨/م] ألا ترى أنه يرد من غير/ رضا البائع، بل هو فسخ محض في حق الكل، ورفع العقد من الأصل كأنه لم يكن فيعود إليه قديم ملكه فلم يتحقق معنى البيع فلا تجب الشفعة.

وكذا لو رد عليه بعيب قبل القبض أو بعده بقضاء القاضي، لأن الرد بقضاء القاضي فسخ مطلق، وإن كان بغير قضاء القاضي فللشفيع الشفعة، لأن الرد بغير قضاء بيع جديد في حق ثالث، وكذا الإقالة قبل القبض أو بعده لأنها بيع جديد في حق ثالث ولا تجب الشفعة في القسمة، وإن كان فيها معنى المعاوضة لأنها ليست بمعاوضة محضة بل فيها معنى الإقرار والتمييز، ألا ترى أنه يجري فيها الجبر فلم تكن معاوضة مطلقة فلا تجب فيها الشفعة كما إذا صالح عن دم عمد على دار أنه لا تجب الشفعة.

ومنها: معاوضة المال بالمال فلا تجب في معاوضة المال بغير المال لأن الأخذ بالشفعة تملك بمثل ما تملك به المشتري. فلو وجبت في معاوضة المال بغير المال فإما أن يأخذ بما تملك به المشتري ولا سبيل إليه لأنه تملك بالقصاص وإما أن يأخذ بقيمة الدار ولا سبيل إليه أيضاً. لأن المشتري لم يتملك به فامتنع التملك أصلاً.

وعلى هذا يخرج ما إذا صالح عن دم العمد على دار أنه لا تجب الشفعة لأن القصاص ليس بمال فلم توجد معاوضة المال بالمال. وكذا لو صالح من جناية توجب القصاص فيما دون النفس على دار لما قلنا.

ولو صالح من جناية توجب الأرش دون القصاص على دار تجب فيها الشفعة بالأرش لوجود معاوضة المال بالمال، وكذا لو أعتق عبداً على دار، لأن العتق ليس بمال فلم توجد معاوضة المال بالمال.

ومنها: معاوضة عين المال بعين المال فلا تجب في معاوضة عين المال بما ليس بعين المال لما ذكرنا أن التملك بما تملكه به المشتري غير ممكن ،والتملك بعين المال ليس تملكاً بما تملك به المشتري فامتنع أصلاً.

وعلى هذا يخرج ما إذا جعل الدار مهراً بأن تزوج على دار أو جعلها بدل الخلع بأن خالع امرأته على [ب/٢١٨/م] دار أو جعلها أجرة في الإجارات/ بأن استأجر بدار لأن هذا معاوضة المال بالمنفعة، لأن حكم الإجارة ثبت

في المنفعة، وكذا حكم النكاح وهو الصحيح على ما عرف في مسائل النكاح من الخلاف والمنفعة ليست بمال، وهذا عند أصحابنا رحمهم الله.

وقال الشافعي[١] رحمه الله: هذا ليس بشرط وتجب الشفعة في هذه المواضع فيأخذها الشفيع بقيمة البضع وهي مهر المثل في النكاح والخلع، وفي الإجارة بأجرة المثل.

وجه قوله: أن الأخذ بالشفعة تملك بمثل ما تملك به المشتري عند الإمكان وعند التعذر تقام قيمته مقامه، ألا ترى أنه لو اشترى داراً بعبد فالشفيع يأخذها بقيمة البعد لتعذر الأخذ بمثله إذ لا مثل له فتقوم قيمته مقامه كذا ههنا والمنافع تتقوم بالعقد بلا خلاف فتقام قيمة العوض مقامه.

ولنا: أن المنافع في الأصل لا قيمة لها على أصول أصحابنا، والأصل فيها أن لا تكون مضمونةً، لأن الشيء يضمن بمثله في الأصل والعَرَضُ لا يماثل العينَ، ولهذا قالوا: إنها لا تضمن بالغصب والإتلاف إلا أنها تتقوم بالعقد بطريق الضرورة ولحاجة الناس فبقي ما وراء ذلك على الأصل فلا يظهر تقومها في حق الشفيع.

ولو تزوج امرأة على دار على أن ترد المرأة عليه ألفاً فلا شفعة في شيء من الدار عند أبي حنيفة رحمه الله، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: تجب الشفعة في حصة الألف.

وجه قولهما: أن الدار بعضها مهر وبعضها مبيع فلئن تعذر إيجاب الشفعة في حصة المهر أمكن إيجابها في حصة المبيع فتجب في حصته.

وجه قول أبي حنيفة رحمه الله: أنه لا يمكن إيجاب الشفعة في حصة المبيع إلا بعد قسمة الدار وفي قسمتها تقويم المنافع ولا قيمة لها إلا عند الضرورة على ما بينا، ولأن المهر في الدار هو الأصل لأنها إنما دفعت الألف لتسلم لها الدار فإذا لم تثبت الشفعة في الأصل فكيف تجب في التابع.

ولو تزوجها على مهرٍ مسمًّى ثم باع داره من المرأة بذلك المهر أو تزوجها بغير مهر مسمى ثم باع داره من المرأة بمهر المثل تجب فيها الشفعة، لأن هذا مبيع مبتدأ فتجب به الشفعة، ولو تزوجها على دار أو تزوجها على غير مسمى ثم فرض لها داره مهراً لا تجب فيها الشفعة، لأن الغرض/ منه ليس ببيع بل هو [٢١٩/أ/م] تقدير المهر فلا تجب الشفعة.

ومنها: أن يكون المبيع عقاراً أو ما هو بمعناه، فإن كان غير ذلك فلا شفعة فيه عند عامة العلماء رضي الله عنهم. وقال مالك رضي الله عنه هذا ليس بشرط وتجب الشفعة في السفن.

وجه قوله: أن السفينة أحد المسكنين فتجب فيها الشفعة كما تجب في المسكن الآخر وهو العقار.

ولنا: ما روي عن رسول الله ﷺ أنه قال: «**إلاّ في رَبْعٍ أَو حائط**»[٢] لأن الشفعة في العقار ما وجبت

---

(١) انظر «مغني المحتاج» (٢/ ٢٩٨، ٢٩٩).

(٢) أخرجه أحمد في «المسند» (٣/ ٣١٦) والحميدي في «المسند» (١٢٧٢) ومسلم في «الصحيح» كتاب المساقاة باب الشفعة (١٦٠٨) وأبو داود في «السنن» كتاب البيوع والإجارات باب الشفعة (٣٥١٣)، والنسائي في «السنن» كتاب البيوع باب بيع =

لكونه مسكناً وإنما وجبت لخوف أذى الدخيل وضرره على سبيل الدّوام وذلك لا يتحقق إلا في العقار ولا تجب إلا في العقار أو ما في معناه وهو العلو على ما نذكره إن شاء الله تعالى؛ سواء كان العقار مما يحتمل القسمة أو لا يحتملها كالحمام والرَّحا والبئر والنهر والعين والدّور الصغار عند أصحابنا رحمهم الله.

وقال الشافعي[1]: لا تجب الشفعة إلا في عقار يحتمل القسمة والكلام فيه يرجع إلى أصل تقدم ذكره وهو أن الشفعة عندنا وجبت معلولةً بدفع ضرر الدخيل وأذاه على سبيل اللزوم، وذلك يوجد فيما يحتمل القسمة وفيما لا يحتمل القسمة على السواء، وعنده وجبت معلولة بدفع ضرر خاص، وهو ضرر القسمة فلا يتعدى إلى ما لا يحتمل القسمة، وهذا مع أنه تعليل لمنع التعدية قد أبطلناه فيما تقدم. وروي عن النبي ﷺ أنه قال: «**إِنَّمَا الشُّفْعَةُ فِيمَا لَمْ يُقسَم**»[2] من غير فصل وإذا بيع سفل عقار دون علوه أو علوه دون سفله أو بيعا جميعاً وجبت الشفعة. أما السفل فلا شك فيه لأنه عقار، وأما العلو بدون السفل فتجب فيه الشفعة إذا كان العلو قائماً استحساناً، لأن حق البناء على السفل متعلق به على سبيل التأبيد فصار بمعنى العقار فتجب فيه الشفعة.

ولو انهدم العلو ثم بيع السفل وجبت الشفعة لصاحب العلو عن أبي يوسف وعند محمد لا شفعة له. ذكره محمد في «**الزيادات**».

وجه قول أبي يوسف: أن البناء وإن بطل فحق البناء قائم وأنه حق متعلق بالبقعة على سبيل الاستقرار والتأبيد فكان بمنزلة/ البقعة. [ب/٢١٩/م]

وجه قول محمد: أن الشفعة إنما تجب إما بالشركة في الملك أو الحقوق أو بجوار الملك ولم يوجد شيء من ذلك، أما الشركة فظاهر الانتفاء وكذا الجوار، لأن الجوار كان بالبناء وقد زال البناء فلا تجب الشفعة.

وذكر في «**الزيادات**»: فيمن باع علواً فاحترق قبل التسليم بطل البيع. هكذا ذكر ولم يحك خلافاً من مشايخنا رحمهم الله من قال هذا قوله.

فأما على أصل أبي يوسف ينبغي أن لا يبطل لأنه يجعل في حق البناء بمنزلة العرصة فصار كأنه باع العرصة مع البناء فاحترق البناء.

ومنها: زوال ملك البائع عن المبيع، لأن الشفيع يملك المبيع على المشتري بمثل ما ملك به؛ فإذا لم يزل ملك البائع استحال تملك المشتري فاستحال تملك الشفيع فلا تجب الشفعة في المبيع بشرط خيار البائع، لأن خياره يمنع زوال المبيع عن ملكه حتى لو أسقط خياره وجبت الشفعة لأنه تبين أن المبيع زال عن

= المشاع (٧/ ٣٠١) وابن الجارود في «المنتقى» (٦٤٢).
والطحاوي في «معاني الآثار» (٤/ ١٢٠) والبيهقي في «السنن الكبرى» (٦/ ١٠٤، ١٠٥ ـ ١٠٩).
وعبد الرزاق في «المصنف» (١٤٤٠٣).

(١) انظر «مغني المحتاج» (٢/ ٢٩٧).

(٢) تقدم.

ملكه من حين وجود المبيع، ولو كان الخيار للمشتري تجب الشفعة لأن خياره لا يمنع زوال المبيع عن ملك البائع وحق الشفعة يقف عليه، ولو كان الخيار لهما لم تجب الشفعة لأجل خيار البائع، ولو شرط البائع الخيار للشفيع فلا شفعة له لأن شرط الخيار للشفيع شرط لنفسه وإنه يمنع وجوب الشفعة، فإن أجاز الشفيع البيع جاز ولا شفعة، لأن البيع تم من جهته فصار كأنه باع ابتداءً وإن فسخ البيع فلا شفعة له لأن ملك البائع لم يزل والحيلة للشفيع في ذلك أن لا يفسخ ولا يجيز حتى يجيز البائع أو يجوز هو بمضي المدة فتكون له الشفعة وخيار العيب والرؤية لا يمنع وجوب الشفعة لأنه لا يمنع زوال ملك البائع.

ومنها: زوال حق البائع فلا تجب الشفعة في المشترى شراءً فاسداً لأن للبائع حق النقض والرد إلى ملكه رداً للفساد؛ وفي إيجاب الشفعة تقرير الفساد؛ حتى لو سقط حق الفسخ بأسباب مسقطة للفسخ كالزيادة وزوال ملك المشتري ونحو ذلك كان للشفيع/ أن يأخذ بالشفعة لأن المانع قيام الفسخ وقد زال؛ كما لو باع [أ/٢٢٠م] بشرط الخيار له ثم أسقط الخيار وجبت الشفعة لزوال المانع من الوجوب وهو الخيار، فكذا هذا.

ولو باعها المشتري شراء فاسداً بيعاً صحيحاً فجاء الشفيع فهو بالخيار إن شاء أخذها بالبيع الأول وإن شاء أخذها بالبيع الثاني لأن حق الشفيع ثابت عند كل واحد من البيعين لوجود سبب الثبوت عند كل واحد منهما وشرائطه فكان له الخيار غير أنه إن أخذ بالبيع الثاني أخذ بالثمن، وإن أخذ بالبيع الأول أخذ بقيمة المبيع يوم القبض لأن الشفيع يتملك بما تملك به المشتري والمشتري الثاني تملك بالثمن لأن البيع الثاني صحيح والبيع الصحيح يفيد الملك بالمسمى وهو الثمن والمشتري الأول تملك المبيع بقيمته لأن البيع الفاسد يفيد الملك بقيمة المبيع لا بالثمن وإنما تعتبر قيمته يوم القبض لأن المبيع بيعاً فاسداً مضمون بالقبض كالمغصوب.

وعلى هذا الأصل يخرج قول أبـي حنيفة رضي الله عنه فيمن اشترى أرضاً شراء فاسداً فبنى عليها إنه يثبت للشفيع حق الشفعة؛ لأن حق البائع في القبض قد زال بالبناء وبطل فزال المانع من وجوب الشفعة. وعند أبـي يوسف ومحمد رحمهما الله: لا يثبت لأن حق البائع لم يبطل بالبناء فكان المانع قائماً.

وعلى هذا يخرج قول أبـي حنيفة رحمه الله في المريض إذا باع الدار من وارثه بمثل قيمتها وشفيعها أجنبي إنه لا شفعة له لأن بيع المريض مرض الموت عيناً من أعيان ماله لوارثه فاسد عنده إلا إذا أجاز الورثة. وإن كان بمثل القيمة ولا شفعة له في البيع الفاسد إلا إذا أجاز فتجب الشفعة.

ولو باعها من أجنبـي بمثل قيمتها والوارث شفيعها لا شفعة للوارث عنده أيضاً لأنه يصير كأنه باعها من الوارث ابتداءً لتحول ملك الصفقة إليه أو لتقدير صفقة أخرى مع الوارث وذلك فاسد عنده. وعندهما تجب الشفعة للوارث لأن العقد جائز.

هذا إذا باع بمثل القيمة فأما إذا باع وحابى بأن باعها بألفين/ وقيمتها ثلاثة آلاف فإن باعها من الوارث [ب/٢٢٠م] وشفيعها أجنبـي فلا شك أنه لا شفعة عند أبـي حنيفة عليه الرحمة لأن بيعها من الوارث بمثل القيمة فاسد عنده فبالمحاباة أولى ولا شفعة في البيع الفاسد وعندهما البيع جائز ولكن يدفع قدر المحاباة فتجب الشفعة ولو باع من أجنبـي فكذلك لا شفعةَ للوارث عند أبـي حنيفة رحمه الله. لأن الشفيع يأخذها بتلك الصفقة

بالتحول إليه أو بصفقة مبتدأة مقدرة بينهما فكان بيعاً من الوارث بالمحاباة. وسواء أجازت الورثة أو لم يجيزوا لأن الإجازة محلها العقد الموقوف والشراء وقع نافذاً من المشتري لأن المحاباة قدر الثلث وهي نافذة من الأجنبي فلغت الإجازة في حق المشتري فتلغو في حق الشفيع أيضاً.

وأما عندهما: فقد اختلفت الروايات فيه. في رواية كتاب الشفعة من الأصل والجامع لا شفعة له. وفي رواية كتاب الوصايا له الشفعة. وهي من مسائل الجامع تعرف ثمة إن شاء الله تعالى.

ومنها: ملك الشفيع وقت الشراء في الدار التي يأخذها بالشفعة لأن سبب الاستحقاق جوار الملك والسبب إنما ينعقد سبباً عند وجود الشرط، والانعقاد أمر زائد على الوجود فإذا لم يوجد عند البيع كيف ينعقد سبباً فلا شفعة له بدار يسكنها بالإجارة والإعارة ولا بدار باعها قبل الشراء ولا بدار جعلها مسجداً ولا بدار جعلها وقفاً وقضى القاضي بجوازه أو لم يقض على قول من يجيز الوقف لأنه زال ملكه عنها لا إلى أحد. ومنها ظهور ملكه للمشتري عند الإنكار بحجة مطلقة وهي البينة، وهذا في الحقيقة شرط ظهور الحق لا شرط ثبوته. وعلى هذا يخرج ما إذا أنكر المشتري كون الدار التي يشفع بها مملوكة للشفيع أنه ليس له أن يأخذ بالشفعة حتى يقيم البينة إنها داره، وهذا قول أبـي حنيفة ومحمد وإحدى الروايتين عن أبـي يوسف.

[أ/٢٢١/م] وروي عنه رواية أخرى أن هذا ليس بشرط والقول قول الشفيع ولا يحتاج إلى إقامة البينة، /وهو قول زفر والشافعي رحمهما الله.

وجه هذه الرواية: أن الملك كان ثابتاً للشفيع في هذه الدار لوجود سبب الثبوت، وما ثبت يبقى إلى أن يوجد المزيل، ولأن اليد دليل الملك، ألا ترى أن من رأى شيئاً في يد إنسان حل له أن يشهد له بالملك دل أن اليد دليل الملك من حيث الظاهر فكان الملك ثابتاً للشفيع ظاهراً.

وجه ظاهر الرواية: أن سبب ثبوت الحكم لا يوجب بقاءه، وإنما البقاء بحكم استصحاب الحال لا يصلح للإلزام على الغير كحياة المفقود وحرية الشهود ونحو ذلك، والحاجة ههنا إلى إلزام المشتري فلا يظهر الملك في حق المشتري.

وقوله: اليد دليل الملك، قلنا إن سلم ذلك فالثابت باليد ملك يظهر في حق الدفع لا في حق الاستحقاق على الغير، والحاجة ههنا إلى الاستحقاق على المشتري فلا يكفي الملك الثابت بظاهر اليد.

وذكر عن أبـي يوسف: فيمن ادعى على آخر داراً وأقام البينة على أن هذه الدار كانت في يد أبيه مات وهي في يده أنه يقضي له بالدار، فإن جاء يطلب بها شفعة دار أخرى إلى جنبها لم يقض له بالشفعة حتى يقيم البينة على الملك لم يجعل القضاء باليد قضاءً بالملك على الإطلاق حيث لم يوجب به الشفعة.

وعلى هذا يخرج ما ذكر عن محمد أنه قال: في حائط بين دارين لكل واحد منهما عليه خشبة ولا يعلم أن الحائط بينهما إلا بالخشبة، فبيعت إحدى الدارين أنه إن أقام الآخر بينة أن الحائط بينهما فهو أحق من الجار لأنه شريك وإن لم يقم بينة لم أجعله شريكاً، لأن ملك الحائط بينهما لم يثبت إلا بظاهر الاستعمال بالخشبة والملك الثابت بمثل هذا الظاهر لا يكفي لاستحقاق الشفعة، قال: ولو أقر البائع قبل البيع أن الحائط بينهما لم أجعل له بهذا شفعة بمنزلة دار في يد رجل أقر أنها لآخر فبيعت إلى جنبها دار فطلب المقر

له الشفعة فلا شفعة له حتى يقيم البينة أن الدار داره لأن الملك في/ الموضعين جميعاً ثبت بالإقرار وأنه حجة [ب/ ٢٢١/م] قاصرة فيظهر في حق المقر في المسألة الأولى، وفي المسألة الثانية يظهر في حق المقر له خاصة ولا يتعدى إلى المشتري.

وذكر في «المنتقى» عن أبي يوسف: في رجل في يده دار عرف القاضي أنها له فبيعت دار إلى جنب داره، فقال الشفيع بعد بيع الدار التي فيها الشفعة داري هذه لفلان وقد بعتها منه منذ سنة؛ وقال هذا في وقت يقدر على الأخذ بالشفعة أو طلبها لنفسه؛ قال: لا شفعة له في الدار حتى يقيم المقر له بينة على المشتري. أما المقر فلا شك أنه لا شفعة له لأنه لا ملك له وقت البيع في الدار بإقراره بالبيع قبله.

وأما المقر له فلما ذكرنا أن الملك الثابت بالإقرار ليس بثابت بحجة مطلقة لكون الإقرار حجة قاصرة فلا يظهر في حق الاستحقاق على المشتري.

وذكر الخصاف: في إسقاط الشفعة أن البائع إذا أقر بسهم من الدار للمشتري ثم باع منه بقية الدار أن الجار لا يستحق الشفعة لأن المشتري صار شريك البائع في ذلك السهم والشريك مقدم على الجار. ومن أصحابنا من خطأ الخصاف في هذا وقال تجب الشفعة للجار، لأن شركة المشتري لم تثبت إلا بالإقرار من البائع، والإقرار حجة قاصرة فلا يظهر في حق الجار فكان على شفعته، وكان يستدل بمسألة الحائط، والله سبحانه وتعالى أعلم.

ومنها: أن لا تكون الدار المشفوعة ملكاً للشفيع وقت البيع، فإن كانت لم تجب الشفعة لاستحالة تملك الإنسان مال نفسه.

وعلى هذا يخرج ما إذا باع المأذون داراً والمولى شفيعها أنه إن لم يكن عليه دين فلا شفعة للمولى لأنها ملك المولى والعبد كالوكيل عنه بالبيع فلا تثبت له الشفعة. وإن كان عليه دين فله الشفعة لأن المولى لا يملك كسب عبده المأذون المديون فكان بمنزلة الأجنبي وكذا إذا باع المولى داراً والمأذون شفيعها وعليه دين فله الشفعة لأن الأخذ بالشفعة بمنزلة الشراء من المشتري وشراء كل واحد منهما من صاحبه جائز وإن لم يكن عليه دين فلا يتصور الأخذ بالشفعة لأن الأخذ يقع تملكاً للمولى وتملك المولى محال.

ولو اشترى المأذون/ داراً والمولى شفيعها فإن كان عليه دين فلمولاه الشفعة لأن الملك بالشراء لم يقع [أ/ ٢٢٢/م] للمولى وإن لم يكن عليه دين فلا يستحق الأخذ بالشفعة لأن الملك يقع له، وكذا إذا اشترى المولى داراً والمأذون شفيعها فإن كان عليه دين فله الشفعة وإن لم يكن فلا يتصور الأخذ بالشفعة لما قلنا.

وأما المكاتب: إذا باع أو اشترى داراً والمولى شفيعها فله أن يأخذ بالشفعة سواء كان عليه دين أو لم يكن لأنه فيما يبيع ويشتري مع المولى بمنزلة الأجنبي لأنه حر يداً، ألا ترى أنه لا سبيل لمولاه على ما في يده فكان في حق ما في يده ملحقاً بسائر الأجانب والله سبحانه وتعالى أعلم.

ومنها: عدم الرضا من الشفيع بالبيع وحكمه، فإن رضي بالبيع أو بحكمه فلا شفعة له لأن حق الشفعة إنما يثبت له دفعاً لضرر المشتري، فإذا رضي بالشراء أو بحكمه فقد رضي بضرر جواره فلا يستحق الدفع بالشفعة، ثم الرضا قد يكون صريحاً وقد يكون دلالة.

أما الصريح فلا يشكل، وأما الدلالة فنحو أن يبيع الشفيع الدار المشفوع فيها بأن وكله صاحب الدار ببيعها فباعها فلا شفعة له، لأن بيع الشفيع دلالة الرضا بالعقد وثبوت حكمه وهو الملك للمشتري، وكذلك المضارب إذا باع داراً من مال المضاربة ورب المال شفيعها بدار له أخرى فلا شفعة لرب الدار سواء كان في الدار ربح أو لم يكن.

أما إذا لم يكن فيها ربح فلأن المضارب وكيله بالبيع والرضا بالتوكيل بالبيع رضا بالبيع، وحكمه ضرورة وأنه يمنع وجوب الشفعة وإن كان فيها ربح.

أما في حصة رب المال فلما ذكرنا من وجود دلالة الرضا بالبيع في حصتها.

وأما في حصة المضارب فلأنه متى امتنع الوجوب في حصة رب المال، فلو ثبت في حصة المضارب لأدى إلى تفريق الصفقة على المشتري وأنه لا يجوز، ولأن المشتري صار شريكاً للمضارب والشريك مقدم على الجار.

ولو كان الشفيع وكيلاً بشراء الدار المشفوع فيها فاشترى لموكله فللشفيع الشفعة، لأن الشراء لغيره لا يكون فوق الشراء لنفسه والشراء لنفسه لا يمنع وجوب الشفعة حتى لو اشترى الدار المشفوع فيها، ثم حضر شفيع آخر / كان له أن يأخذ النصف بالشفعة فالشراء لغيره لأن لا يمنع الوجوب أولى. [ب/٢٢٢/م]

ولو باع رب المال داراً لنفسه والمضارب شفيعها بدار من المضاربة، فإن كان في يده من مال المضاربة وفاء بثمن الدار لم تجب الشفعة لأن الأخذ إذا ذاك يقع لرب المال وقد وجد منه دلالة الرضا بثبوت الملك للمشتري وأنه يمنع وجوب الشفعة، ولو لم يكن في يده وفاء، فإن لم يكن في الدار ربح فلا شفعة أيضاً لأن الأخذ يقع لرب المال، وإن كان فيها ربح فللمضارب أن يأخذها بالشفعة لنفسه لأن له نصيباً في ذلك ولم يوجد منه الرضا سقوط حقه.

ولو اشترى أجنبي داراً إلى جنب دار المضاربة، فإن كان في يد المضارب وفاء بالثمن فله أن يأخذها بالشفعة للمضاربة وله أن يسلم الشفعة لأن حق الأخذ له فيملك تسليمه وإن لم يكن في يده وفاء؛ فإن كان في الدار ربح فالشفعة لرب المال والمضارب جميعاً، لأن الدار مشتركة بينهما، وإن لم يكن فيها ربح فالشفعة لرب المال خاصة؛ لأن الدار ملكه خاصة والشفعة من حقوق الملك.

وعلى هذا يخرج ما إذا باع الدار على أن يضمن له الشفيع الثمن من المشتري فضمن وهو حاضر حتى جاز البيع أنه لا شفعة للشفيع لأن ضمان الثمن من المشتري دلالة الرضا بالشراء وحكمه، لأن تمام العقد وإبرامه يتعلق به فكان دليل الرضا.

وكذا لو اشترى المشتري الدار على أن يضمن الشفيع الدرك عن البائع فضمن وهو حاضر حتى جاز البيع أنه لا شفعة للشفيع لأنه لما ضمن الدرك فقد صار راضياً بالعقد وحكمه وهو الملك للمشتري فلم تجب الشفعة، وأما إسلام الشفيع فليس بشرط لوجوب الشفعة فتجب لأهل الذمة فما بينهم وللذمي على المسلم، لأن هذا حق التملك على المشتري بمنزلة الشراء منه والكافر والمسلم في ذلك سواء لأنه من الأمور الدنيوية.

وروي عن شريح أنه قضى بالشفعة لذمي على مسلم فكتب إلى سيدنا عمر رضي الله تعالى عنه فأجازه، وكان ذلك بمحضر من الصحابة الكرام رضي الله تعالى عنهم فيكون ذلك إجماعاً.

ولو اشترى ذمي من ذمي داراً بخمر أو خنزير وشفيعها ذمي أو مسلم وجبت الشفعة عند أصحابنا رحمهم الله.

وقال/ الشافعي[1] رحمه الله: لا تجب بناءً على أن ذلك ليس بمال عنده أصلاً حتى لم يكن مضموناً [أ/٢٢٣/م] بالإتلاف أصلاً، ومن شرط وجوب الشفعة معاوضة المال بالمال، وعندنا هو مال متقوم في حق أهل الذمة بمنزلة الخل والشاة لنا، ثم إذا وجبت الشفعة، فإن كان الشفيع ذمياً أخذ الدار بمثل الخمر وبقيمة الخنزير، لأن الخمر عندهم من ذوات الأمثال كالخل والخنزير ليس من ذوات الأمثال بل من ذوات القيم كالشاة، وإن كان مسلماً أخذها بقيمة الخمر والخنزير، لأن الأخذ تملك والمسلم ليس من أهل تملك الخمر والخنزير، ومتى تعذر عليه التملك بالعين تملك بالقيمة كما لو كان الشراء بالعرض أنه يأخذها بقيمة العرض كذا هذا. وكذا الحرية والذكورة والعقل والبلوغ والعدالة فتجب الشفعة للمأذون والمكاتب ومعتق البعض والنسوان وللصبيان والمجانين وأهل البغي، لأنه حق مبني على الملك وهؤلاء من أهل ثبوت الملك لهم إلا أن الخصم فيما يجب للصبي أو عليه وليه الذي يتصرف في ماله من الأب ووصيه والجد لأب ووصيه والقاضي ووصي القاضي، فإذا بيعت دار والصبي شفيعها كان لوليه أن يطالب بالشفعة ويأخذ له لأن الأخذ بالشفعة بمنزلة الشراء من المشتري والولي يملك ذلك كما يملك الشراء، فإن سلم الشفعة صح التسليم ولا شفعة للصبي إذا بلغ عند أبي حنيفة وأبي يوسف رضي الله عنهما، وعند محمد وزفر رحمهما الله: لا يصح تسليمه والصبي على شفعته إذا بلغ.

وجه قوله: أن هذا حق ثبت للصبي نظراً فإبطاله لا يكون نظراً في حقه ومثل هذا لا يدخل تحت ولاية الولي كالعفو عن قصاص وجب للصبي على إنسان والإبراء عن كفالته بنفس أو مال.

ولأبي حنيفة وأبي يوسف رحمهم الله ما ذكرنا أن الأخذ بالشفعة بمنزلة الشراء فتسليمه امتناع من الشراء وللولي ولاية الامتناع من الشراء، ألا ترى أن من قال: بعت هذا الشيء لفلان الصبي لا يلزم الولي القبول؛ وهذا لأن الولي يتصرف في مال الصبي على وجه المصلحة والمصلحة قد تكون في الشراء وقد تكون في تركه والولي أعلم بذلك فيفوض إليه.

وعلى هذا الخلاف إذا سكت الولي أو الوصي عن الطلب أنه يبطل/ حق الشفعة عند أبي حنيفة [ب/٢٢٣/م] وأبي يوسف رحمهما الله وعند محمد وزفر رحمهما الله: لا يبطل، وذكر في «نوادر» أبي يوسف رحمه الله: فيمن اشترى داراً وابنه الصغير شفيعها كان له أن يأخذ لابنه الصغير بالشفعة، فإن لم يأخذ وسلم لنفسه جاز، لأن الشراء لا ينافي الأخذ بالشفعة لأن كل واحد منهما تملك بعوض، ولهذا لو كان وكيلاً بالشراء لغيره كان له أن يأخذ بالشفعة لنفسه فلأن يملك الأخذ لابنه أولى، وإذا ملك الأخذ ملك التسليم لأنه امتناع عن الأخذ.

---

(١) انظر «مختصر المزني» صفحة (١١٩، ١٢٠).

ولو باع داراً لنفسه وابنه شفيعها لم يكن له أن يأخذ بالشفعة، لأن الأخذ بالشفعة تملك والبيع تمليك فينافي التملك، ولهذا لا يملك الوكيل بالبيع لغيره أن يأخذ بالشفعة وإذا لم يملك الأخذ لم يملك التسليم فلم يصح تسليمه وتوقف إلى حين بلوغ الصبي كما إذا لم يكن له ولي.

وأما الوصي إذا اشترى داراً لنفسه والصبي شفيعها لم يكن له أن يأخذ بالشفعة للصغير، ولو سلم الشفعة فالصغير على شفعته، وكذا إذا باع لأنه ملك الدار بالشراء لنفسه فبالأخذ بالشفعة للصغير يريد تمليك ما ملكه من الصغير والوصي لا يملك تمليك مال الصغير إلا إذا كان فيه نفع ظاهر له وإذا لم يملك الأخذ بالشفعة لم يكن سكوته عن الطلب تسليماً للشفعة فبقي حق الصغير في الشفعة يأخذه إذا بلغ والله سبحانه وتعالى أعلم.

فصل: وأما بيان ما يتأكد به حق الشفعة ويستقر فنقول وبالله التوفيق: إنه يتأكد ويستقر بالطلب، والكلام في الطلب في مواضع: في بيان وقت الطلب وفي بيان شروطه وفي بيان كيفيته وفي بيان حكمه.

أما وقته: فالطلب نوعان: طلب مواثبة، وطلب تقرير، أما طلب المواثبة فوقته وقت علم الشفيع بالبيع حتى لو سكت عن الطلب بعد البيع قبل العلم به لم تبطل شفعته، لأنه ترك الطلب قبل وقت الطلب فلا يضره ثم علمه بالبيع قد يحصل بسماعه بالبيع بنفسه وقد يحصل بإخبار غيره لكن هل يشترط فيه العدد والعدالة اختلف أصحابنا رحمهم الله فيه، فقال أبو حنيفة رضي الله عنه: يشترط أحد هذين، إما العدد في المخبر رجلان أو رجل وامرأتان،/ وإما العدالة، وقال أبو يوسف ومحمد: لا يشترط فيه العدد ولا العدالة حتى لو [أ/ ٢٢٤/م] أخبره واحد بالشفعة عدلاً كان أو فاسقاً حراً أو عبداً مأذوناً بالغاً أو صبياً ذكراً أو أنثى فسكت ولم يطلب على فور الخبر على رواية الأصل أو لم يطلب في المجلس على رواية محمد بطلت شفعته عندهما إذا ظهر كون الخبر صدقاً، وهذا على اختلافهم عن عزل الوكيل، وعن جناية العبد، وعن عجز المولى على ما نذكر في كتاب الوكالة، فهما يقولان العدد والعدالة ساقطا الاعتبار شرعاً في المعاملات، وهذا من باب المعاملة فلا يشترط فيه العدد ولا العدالة.

ولأبي حنيفة رضي الله عنه: أن هذا إخبار فيه معنى الإلزام، ألا ترى أن حق الشفيع يبطل لو لم يطلب بعد الخبر فأشبه الشهادة فيعتبر فيه أحد شرطي الشهادة وهو العدد أو العدالة.

ولو أخبر المشتري الشفيع بنفسه فقال: قد اشتريته فلم يطلب شفعته، وإن لم يكن المشتري عدلاً كذا روي عن أبي حنيفة؛ لأن المشتري خصم وعدالة الخصم ليست بشرط في الخصومات، وقالوا: في المخيرة إذا بلغها التخيير أنه لا يشترط في المخبر العدد ولا العدالة.

والفرق لأبي حنيفة رحمه الله: أن الإخبار عن التخيير ليس في معنى الشهادة لخلوه عن إلزام حكم فلم يعتبر فيه أحد شرطي الشهادة بخلاف الإخبار عن البيع في باب الشفعة على ما بينا والله سبحانه وتعالى أعلم.

وأما شرطه: فهو أن يكون على فور العلم بالبيع إذا كان قادراً عليه حتى لو علم بالبيع وسكت عن الطلب مع القدرة عليه بطل حق الشفعة في رواية الأصل ورُوِي عن محمد رحمه الله أنه على المجلس كخيار

المخيرة وخيار القبول ما لم يقم عن المجلس أو يتشاغل عن الطلب بعمل آخر لا تبطل شفعته وله أن يطلب؛ وذكر الكرخي رحمه الله أن هذا أصح الروايتين.

وجه هذه الرواية: أن حق الشفعة ثبت نظراً للشفيع دفعاً للضرر عنه فيحتاج إلى التأمل أن هذه الدار هل تصلح بمثل هذا الثمن وأنه هل يتضرر بجوار هذا المشتري فيأخذ/ بالشفعة أو لا يتضرر فيترك وهذا لا يصح [ب/٢٢٤/م] بدون العلم بالبيع والحاجة إلى التأمل شرط المجلس في جانب المخيرة والقبول كذا ههنا.

وجه رواية «**الأصل**»: ما روي عن رسول الله ﷺ أنه قال: «**الشُّفْعَةُ لِمَنْ وَاثَبَها**»[1].

ورُوِيَ عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال: «**إنّما الشُّفْعَةُ كَنُشْطِ عِقَالٍ إنْ قُيِّدَ مَكَانَهُ ثبتَ وإلا ذَهَبَ**»[2] وفي بعض الروايات: «**إنّما الشُّفعة كحل عقالٍ إن قيدَ مكانهُ ثبتَ وإلا فاللومُ عليه**»؛ ولأنه حق ضعيف متزلزل لثبوته على خلاف القياس إذ الأخذ بالشفعة تملك مال معصوم بغير إذن مالكه لخوف ضرر يحتمل الوجود والعدم فلا يستقر إلا بالطلب على المواثبة.

وأما الإشهاد: فليس بشرط لصحة الطلب حتى لو طلب على المواثبة ولم يشهد صح طلبه فيما بينه وبين الله سبحانه وتعالى جلت عظمته وإنما الإشهاد للإظهارَ عند الخصومة على تقدير الإنكار لأن من الجائز أن المشتري لا يصدق الشفيع في الطلب أو لا يصدق في الفور ويكون القول قوله فيحتاج إلى الإظهار بالبينة عند القاضي على تقدير عدم التصديق لأنه شرط صحة الطلب. ونظيره من أخذ لقطة ليردها على صاحبها فهلكت في يده لا ضمان عليه فيما بينه وبين الله تبارك وتعالى، وإنما الحاجة إلى الإشهاد عند أبي حنيفة رضي الله عنه لتوثيق الأخذ للرد على تقدير الإنكار إلا أنه شرط البراءة عن الضمان حتى لو صدقه صاحبها في ذلك ثم طلب منه الضمان ليس له ذلك بالإجماع كذا هذا.

وإذا طلب على المواثبة فإن كان هناك شهود أشهدهم وتوثق الطلب؛ وإن لم يكن بحضرته من يشهده فبعث في طلب شهود لم تبطل شفعته لما قلنا أن الإشهاد لإظهار الطلب عند الحاجة لكن يصح الإشهاد على الطلب على رواية الفور فبطلت الشهادة على الفور ضرورة، وعلى رواية المجلس إذا قال وهو في المجلس: أدعوا إليّ شهوداً أشهدهم فجاء الشهود فأشهدهم صح وتوثق الطلب لأن المجلس قائم، ولو أخبر ببيع الدار؛ فقال: الحمد لله قد ادعيت شفعتها أو سبحان الله قد ادعيت شفعتها فهو على شفعته/ على رواية محمد، لأن [أ/٢٢٥/م] هذا يذكر لافتتاح الكلام تبركاً به فلا يكون دليل الإعراض عن الطلب.

وكذا إذا سلّم أو شمت العاطس لأن ذلك ليس بعمل يدل على الإعراض؛ ولهذا لم يبطل به خيار المخيرة؛ وكذلك إذا قال: من ابتاعها وبكم بيعت لأن الإنسان قد يرضى بمجاورة إنسان دون غيره وقد

---

(١) (الشفعة لمن راقبها) عبد الرزاق (٨/ ١٨٣) من قول شريح، قال الزيلعي: (غريب) مرفوعاً، «نصب الراية» (٤/ ١٧٦).

(٢) (الشفعة كحل عقال) أخرجه ابن ماجه (٢٥٠٠) كتاب الشفعة باب طلب الشفعة. والبيهقي (٦/ ١٠٨) وقال ليس بثابت وابن عدي (٢/ ٢٩٧) قال الحافظ في «**التلخيص**» قال ابن حباز لا أصل له وقال ابن أبي حاتم في «**العلل**» (١/ ٤٧٩) عن أبي زرعة «هذا حديث منكر، لا أعلم أحداً قال بهذا، الغائب له شفعة والصبي حتى يكبر».

والللفظ الثاني ليس به سند وإنما ذكره أبو الطيب وابن الصباغ والماوردي كذا بلا سند، «**تلخيص الحبير**» (٣/ ٦٥).

وأخرجه البيهقي في «**السنن الكبرى**» كتاب الشفعة باب رواية ألفاظ يذكرها بعض الفقهاء في «**مسائل الشفعة**» (٦/ ١٠٨).

تصلح له الدار بثمن دون غيره فكان السؤال عن حال الجار ومقدار الثمن من مقدمات الطلب لا إعراضاً عنه وهذا كله على رواية اعتبار المجلس؛ فأما على رواية اعتبار الفور تبطل شفعته في هذه المواضع لانقطاع الفور من غير ضرورة.

ولو أخبر بالبيع وهو في الصلاة فمضى فيها فالشفيع لا يخلو من أن يكون في الفرض، أو في الواجب، أو في السنة، أو في النفل المطلق، فإن كان في الفرض لا تبطل شفعته، لأن قطعها حرام فكان معذوراً في ترك الطلب؛ وكذا إذا كان في الواجب، لأن الواجب ملحق بالفرض في حق العمل؛ وإن كان في السنة فكذلك لأن هذه السنن الراتبة في معنى الواجب سواء كانت السنة ركعتين أو أربعاً كالأربع قبل الظهر حتى لو أخبر بعدما صلى ركعتين فوصل بهما الشفع الثاني بمنزلة صلاة واحدة واجبة.

وقال محمد: إذا بلغ الشفيع البيع فصلى بعد الجمعة أربعاً لم تبطل شفعته وإن صلى أكثر من ذلك بطلت شفعته، لأن الأربع بتسليمة واحدة سنة فصار كالركعتين والزيادة عليها ليست بسنة.

وذكر محمد رحمه الله: في المخيرة إذا كانت في صلاة النفل فزادت على ركعتين بطل خيارها؛ لأن كل شفع من التطوع صلاة على حدة والغائب إذا علم بالشفعة فهو مثل الحاضر في الطلب والإشهاد، لأنه قادر على الطلب الذي يتأكد به الحق وعلى الإشهاد الذي يتوثق به الطلب.

ولو وكل الغائب رجلاً ليأخذ له بالشفعة فذلك طلب منه، لأن في التوكيل طلباً وزيادة، وإذا طلب الغائب على المواثبة وأشهد فله بعد ذلك من الأجل مقدار المسافة التي يأتي إلى حيث البائع/ [ب/٢٢٥/م] أو المشتري أو الدار لا زيادة عليه لأن تأجيل هذا القدر للضرورة ولا ضرورة للزيادة.

أما طلب التقرير فشرطه أن يكون على فور الطلب الأول والإشهاد عليه، فإذا طلب على المواثبة وأشهد على فوره ذلك شخصاً إلى حيث البائع أو المشتري أو الدار إذا كان قادراً عليه، وتفصيل الكلام فيه أن المبيع إما أن يكون في يد البائع، وإما أن يكون في يد المشتري، فإن كان في يد البائع فالشفيع بالخيار إن شاء طلب من البائع وإن شاء طلب من المشتري، وإن شاء طلب عند الدار.

أما الطلب من البائع والمشتري فلأن كل واحد منهما خصم البائع باليد والمشتري بالملك فكان كل واحد منهما خصماً، فصح الطلب من كل واحد منهما وأما الطلب عند الدار فلأن الحق متعلق بها، فإن سكت عن الطلب من أحد المتبايعين، وعند الدار مع القدرة عليه بطلت شفعته لأنه فرط في الطلب، وإن كان في يد المشتري فإن شاء طلب من المشتري وإن شاء عند الدار، ولا يطلب من البائع لأنه خرج من أن يكون خصماً لزوال يده ولا ملك له فصار بمنزلة الأجنبي ولو لم يطلب من المشتري ولا عند الدار، وشخص إلى البائع للطلب منه والإشهاد بطلت شفعته لوجود دليل الإعراض وفي الحقيقة لوجود دليل الرضا، ولو تعاقد البائع والمشتري في غير الموضع الذي فيه الدار فليس على الشفيع أن يأتيهما ولكنه يطلب عند الدار ويشهد عليه؛ لأن الشفيع إذا كان بجنب الدار والعاقدان غائبان تعينت الدار للطب عندها والإشهاد، فإن لم يطلب عندها وشخص إلى العاقدين بطلت شفعته لوجود الإعراض عن الطلب، هذا إذا كان قادراً على الطلب من المشتري أو البائع أو عند الدار، فأما إذا كان هناك حائل بأن كان بينهما نهر مجوف أو أرض مسبعة أو غير

ذلك من الموانع لا تبطل شفعته بترك المواثبة إلى أن يزول الحائل.

وأما الإشهاد على هذا الطلب فليس بشرط لصحته، كما ليس بشرط لصحة طلب المواثبة وإنما هو لتوثيقه على تقدير الإنكار كما في الطلب الأول، /وكذا تسمية المبيع وتحديده ليس بشرط لصحة الطلب [أ/٢٢٦م] والإشهاد في ظاهر الرواية. وروي عن أبي يوسف أنه شرط لأن الطلب لا يصح إلا بعد العلم، والعقار لا يصير معلوماً إلا بالتحديد فلا يصح الطلب والإشهاد بدونه.

وأما بيان كيفية الطلب: فقد اختلف فيه عبارات المشايخ: عن محمد بن مقاتل الرازي رحمه الله: أن الشفيع يقول: طلبت الشفعة وأطلبها وأنا طالبها.

وعن محمد بن سلمة رضي الله عنه أنه كان يقول: طلبت الشفعة فحسب. وعن الفقيه أبي جعفر الهندواني رحمه الله: أنه لا يراعى فيه ألفاظ الطلب، بل لو أتى بلفظ يدل على الطلب أي لفظ كان يكفي، نحو أن يقول: ادعيت الشفعة أو سألت الشفعة ونحو ذلك مما يدل على الطلب، وهو الصحيح لأن الحاجة إلى الطلب، ومعنى الطلب يتأدى بكل لفظ يدل عليه سواء كان بلفظ الطلب أو بغيره.

وأما حكم الطلب: فهو استقرار الحق، فالشفيع إذا أتى بطلبين صحيحين استقر الحق على وجه لا يبطل بتأخير المطالبة بالأخذ بالشفعة أبداً حتى يسقطها بلسانه، وهو قول أبي حنيفة وإحدى الروايتين عن أبي يوسف، وفي رواية أخرى قال: إذا ترك المخاصمة إلى القاضي في زمان يقدر فيه على المخاصمة بطلت شفعته ولم يؤقت فيه وقتاً، وروي عنه أنه قدره بما يراه القاضي.

وقال محمد وزفر رحمهما الله: إذا مضى شهر بعد الطلب ولم يطلب من غير عذر بطلت شفعته وهو رواية عن أبي يوسف أيضاً.

وجه قول محمد وزفر: أن حق الشفعة ثبت لدفع الضرر عن الشفيع ولا يجوز دفع الضرر عن الإنسان على وجه يتضمن الإضرار بغيره وفي إبقاء هذا الحق بعد تأخير الخصومة أبداً إضرار بالمشتري، لأنه لا يبني ولا يغرس خوفاً من النقض والقلع فيتضرر به فلا بد من التقدير بزمان لئلا يتضرر به فقدرنا بالشهر لأنه أدنى الآجال، فإذا مضى شهر ولم يطلب من غير عذر فقد فَرَّطَ في الطلب فتبطل شفعته.

وجه قول أبي حنيفة عليه الرحمة: أن الحق للشفيع قد ثبت/ بالطلبين، والأصل أن الحق متى ثبت [ب/٢٢٦م] لإنسان لا يبطل إلا بإبطال ولم يوجد لأن تأخير المطالبة منه لا يكون إبطالاً كتأخير استيفاء القصاص وسائر الديون.

وقوله يتضرر المشتري ممنوع فإنه إذا علم أن للشفيع أن يأخذ بالشفعة فالظاهر أن يمتنع من البناء والغرس خوفاً من النقض والقلع، فلئن فعل فهو الذي أضر بنفسه فلا يضاف ذلك إلى الأخذ بالشفعة ولهذا لم يبطل حق الشفعة بغيبة الشفيع، ولا يقال إن فيه ضرراً بالمشتري بالامتناع من البناء والغرس لما قلنا، كذا هذا.

فصل: وأما بيان ما يبطل به حق الشفعة بعد ثبوته فنقول وبالله التوفيق: ما يبطل به حق الشفعة بعد

ثبوته في الأصل نوعان: اختياري وضروري، والاختياري نوعان: صريح وما يجري مجرى الصريح ودلالة.

أما الأول: فنحو أن يقول الشفيع أبطلت الشفعة أو أسقطتها، أو أبرأتك عنها أو سلمتها، ونحو ذلك لأن الشفعة خالص حقه فيملك التصرف فيها استيفاء وإسقاطاً كالإبراء عن الدين والعفو عن القصاص ونحو ذلك سواء علم الشفيع بالبيع أو لم يعلم بعد أن كان بعد البيع، لأن هذا إسقاط الحق صريحاً، وصريح الإسقاط يستوي فيه العلم والجهل كالطلاق والإبراء عن الحقوق، بخلاف الإسقاط من طريق الدلالة فإنه لا يسقط حقه ثمة إلا العلم، والفرق يذكر بعد هذا ولا يصح تسليم الشفعة قبل البيع لأنه إسقاط الحق، وإسقاط الحق قبل وجوبه ووجود سبب وجوبه محال.

ولو أخبر بالبيع بقدر من الثمن أو جنس منه أو من فلان فسلم فظهر بخلافه هل يصح تسليمه فالأصل في جنس هذه المسائل أنه ينظر إن كان لا يختلف غرض الشفيع في التسليم صح التسليم وبطلت شفعته، وإن كان يختلف غرضه لم يصح وهو على شفعته لأن غرضه في التسليم إذا لم يختلف بين ما أخبر به وبين ما بيع به وقع التسليم محصلاً لغرضه فصح، وإذا اختلف غرضه في التسليم لم يقع التسليم محصلاً لغرضه فلم يصح التسليم.

[٢٢٧/أ/م] وبيان هذا في مسائل: إذا أخبر/ أن الدار بيعت بألف درهم فسلم، ثم تبين أنها بيعت بألفين فلا شفعة له لأن تسليمه كان لاستكثاره الثمن فإذا لم تصلح له بأقل الثمنين فبأكثرهما أولى فحصل غرضه بالتسليم فبطلت شفعته.

ولو أخبر أنها بيعت بألف فسلم ثم تبين أنها بيعت بخمسمائة فله الشفعة لأن التسليم عند كثرة الثمن لا يدل على التسليم عند قلته فلم يحصل غرضه بالتسليم فبقي على شفعته. ولو أخبر أنها بيعت بألف درهم، ثم تبين أنها بيعت بمائة دينار فإن كانت قيمتها ألفاً أو أكثر فلا شفعة له، وإن كانت أقل فهو على شفعته عند أصحابنا الثلاثة رضي الله عنهم.

وقال زفر رحمه الله: له الشفعة في الوجهين جميعاً. وجه قول زفر: أن الدراهم والدنانير جنسان مختلفان حقيقة، واعتبار الحقائق هو الأصل والغرض يختلف باختلاف الجنس، لأنه قد يتيسر عليه جنس ويتعذر عليه الآخر فلم يقع التسليم محصلاً لغرضه فيبقى على شفعته، كما لو أخبر أنها بيعت بحنطة فسلم، ثم تبين أنها بيعت بشعير قيمته مثل قيمة الحنطة.

ولنا: أن الدراهم والدنانير في حق الثمنية كجنس واحد لأنها أثمان الأشياء وقيمتها تقوم الأشياء بها تقويماً واحداً، أعني أنها تقوم بهذا مرة وبذاك أخرى، وإنما يختلفان في القدر لا غير فوجب اعتبار قدر قيمتهما في الكثرة والقلة، كما إذا أخبر أنها بيعت بألف درهم أو بمائة دينار فسلم ثم تبين أنها بيعت بأكثر أو بأقل على ما بينا، كذا هذا، بخلاف ما إذا أخبر أنها بيعت بحنطة فسلم ثم تبين أنها بيعت بشعير قيمته مثل قيمة الحنطة أو أقل أو أكثر، لأن هناك اختلف، إذ الحنطة والشعير جنسان مختلفان على الإطلاق واختلاف الجنس يوجب اختلاف الغرض فلم يصح التسليم.

ولو أخبر أنها بيعت بألف درهم فسلم، ثم تبين أنها بيعت بمكيل أو بموزون سوى الدارهم والدنانير أو

عددي متقارب فالشفعة قائمة لأن الثمن الذي وقع به البيع إذا كان من ذوات الأمثال فالشفيع يأخذ بمثله وأنه جنس آخر غير الجنس الذي أخبر به الشفيع فاختلف الغرض.

ولو أخبر/ أنها بيعت بألف فسلم، ثم تبين أنها بيعت بعرض وما ليس من ذوات الأمثال، فإن كانت [ب/٢٢٧/م] قيمته مثل الألف أو أكثر صح تسليمه، وإن كانت أقل لم يصح تسليمه وله الشفعة، لأن الشفيع ههنا يأخذ الدار بقيمة العرض لأنه لا مثل له وقيمته دراهم أو دنانير، فكان الاختلاف راجعاً إلى القدر، فأشبه الألف والألفين والألف وخمسمائة على ما مر.

ولو أخبر بشراء نصف الدار فسلم، ثم تبين أنه اشترى الجميع فله الشفعة، ولو أخبر بشراء الجميع فسلم، ثم تبين أنه اشترى النصف فالتسليم جائز ولا شفعة له. هذا هو الرواية المشهورة في الفصلين، وقد روي الجواب فيهما على القلب وهو أن التسليم في النصف يكون تسليماً في الكل، والتسليم في الكل لا يكون تسليماً في النصف.

وجه هذه الرواية: أن تسليم النصف لعجزه عن الثمن، ومن عجز عن القليل كان عن الكثير أعجز.

فأما العجز عن الكثير لا يدل على العجز عن القليل.

وجه الرواية المشهورة: أن التسليم في النصف للاحتراز عن الضرر، وهو ضرر الشركة، وهذا لا يوجد في الكل فاختلف الغرض فلم يصح التسليم فبقي على شفعته، وإذا صح تسليم الكل فقد سلم البعض ضرورة لأنه داخل في الكل فصار بتسليم الكل مسلماً للنصف، لأن الشركة عيب فكان التسليم بدون العيب تسليماً مع العيب من طريق الأولى.

ولو أخبر أن المشتري زيد فسلم، ثم تبين أنه عمرو فهو على شفعته لأن التسليم للأمن عن الضرر، والأمن عن ضرر زيد لا يدل على الأمن عن ضرر عمرو لتفاوت الناس في الجوار.

ولو أخبر أن المشتري زيد فسلم، ثم تبين أنه زيد وعمرو كان له أن يأخذ نصيب عمرو لأنه سلم نصيب زيد لا نصيب عمرو فبقي له الشفعة في نصيبه، ولو أخبر أن الدار بيعت بألف درهم فسلم، ثم إن البائع حط عن المشتري خمسمائة وقبل المشتري الحط كان له الشفعة، لأن الحط يلتحق بأصل العقد فتبين أن البيع كان بخمسمائة فصار كما إذا أخبر أنها بيعت بألف فسلم، ثم تبين أنها بيعت بخمسمائة، ولو لم يقبل الحط لم تجب الشفعة، لأن الحط لم يصح/ إذا لم يقبل فلم يتبين أنها بيعت بأنقص من ألف فلم تجب الشفعة. [أ/٢٢٨/م]

ولو باع الشفيع داره التي يشفع بها بعد شراء المشتري هل تبطل شفعته؟ فهذا لا يخلو إما إن كان البيع باتاً، وإما إن كان فيه شرط الخيار، فإن كان باتاً لا يخلو إما إن باع كل الدار، وإما إن باع جزأ منها، فإن باع كلها بطلت شفعته لأن سبب الحق هو جوار الملك وقد زال سواء علم بالشراء أو لم يعلم لأن هذا في معنى صريح الإسقاط، لأن إبطال سبب الحق إبطال الحق فيستوي فيه العلم والجهل، فإن رجعت الدار إلى ملكه بعيب بقضاء أو بغير قضاء أو بخيار رؤية، أو بخيار شرط للمشتري فليس له أن يأخذ بالشفعة، لأن الحق قد بطل فلا يعود إلا بسبب جديد.

وكذلك لو باعها الشفيع بيعاً فاسداً وقبضها المشتري بطلت شفعته لزوال سبب الحق وهو جوار الملك؛ فإن نقض البيع فلا شفعة له لما ذكرنا أن الحق بعدما بطل لا يعود إلا بسبب جديد وإن باع جزأ من داره فإن باع جزأ شائعاً منها فله الشفعة بما بقي لأن ما بقي يصلح لاستحقاق الشفعة ابتداء فأولى أن يصلح للبقاء، لأن البقاء أسهل من الابتداء.

وإن باع جزأ معيناً بيتاً أو حجرة فإن كان ذلك لا يلي الدار التي فيها الشفعة فكذلك لأن السبب وهو جوار الملك قائم، وإن كان مما يلي تلك الدار، فإن استغرق حدود الدار التي فيها الشفعة بطلت الشفعة، لأن الجوار قد زال وإن بقي من حدها شيء ملاصق لما بقي من الدار فهو على شفعته لما ذكرنا أن هذا القدر يصلح للاستحقاق ابتداء فلأن يصلح لبقاء المستحق أولى، وإن كان فيه خيار الشرط، فإن كان الخيار للبائع وهو الشفيع فهو على شفعته ما لم يوجب البيع لأن السبب وهو جوار الملك قائم، لأن خيار البائع يمنع زوال المبيع عن ملكه فإن طلب الشفعة في مدة الخيار كان ذلك منه نقضاً للبيع، لأن طلب الشفعة دليل استبقاء [ب/٢٢٨م] الملك في المبيع وذلك إسقاط للخيار ونقض للبيع/ ، وإن كان الخيار للمشتري بطلت شفعته، لأن الدار خرجت عن ملكه بلا خلاف فزال سبب الحق وهو جوار الملك.

وإن كان الشفيع شريكاً وجاراً فباع نصيبه الذي يشفع به كان له أن يطلب الشفعة بالجوار، لأنه إن بطل أحد السببين وهو الشركة فقد بقي الآخر وهو الجوار، ولهذا استحق به ابتداء فلأن يبقى به الاستحقاق أولى.

ولو صالح المشتري الشفيع من الشفعة على مال لم يجز الصلح ولم يثبت العوض وبطل حق الشفعة. أما بطلان الصلح فلانعدام ثبوت الحق في المحل؛ لأن الثابت للشفيع حق التملك وأنه عبارة عن ولاية التملك وأنها معنى قائم بالشفيع فلم يصح الاعتياض عنه فبطل الصلح ولم يجب العوض.

وأما بطلان حق الشفيع في الشفعة فلأنه أسقطه بالصلح فالصلح وإن لم يصح فإسقاط حق الشفعة صحيح. لأن صحته لا تقف على العرض بل هو شيء من الأموال لا يصلح عوضاً عنه فالتحق ذكر العوض بالعدم فصار كأنه سلم بلا عوض.

وعلى هذا إذا قال الزوج للمخيرة اختاريني بألف درهم.

فقالت: اخترتك لم يجب العوض وبطل خيارها. وكذلك العنين إذا قال لامرأته بعدما أخبرت بسبب العنة اختاري ترك الفسخ بالعنة بألف فقالت: اخترت بطل خيارها ولم يجب العوض؛ وفي الكفالة بالنفس إذا أسقطها بعوض روايتان: في رواية لا يجب العوض وتبطل الكفالة كما في الشفعة وفي رواية لا تبطل الكفالة.

وجه الرواية الأولى: أنه أسقط الكفالة بعوض فالاعتياض إن لم يصح فالإسقاط صحيح لأن صحته لا تقف على العوض.

وجه الرواية الأخرى: أنه ما رضي بالسقوط إلا بعوض ولم يثبت العوض فلا يسقط، وأما بطلان الشفعة من طريق الدلالة فهو أن يوجد من الشفيع ما يدل على رضاه بالعقد وحكمه للمشتري وهو ثبوت

الملك له، لأن حق الشفعة مما يبطل بصريح الرضا فيبطل بدلالة الرضا أيضاً؛ وذلك نحو ما إذا علم بالشراء فترك الطلب على الفور من غير عذر أو قام عن المجلس أو تشاغل عن الطلب بعمل آخر على اختلاف الروايتين، لأن ترك الطلب/ مع القدرة عليه دليل الرضا بالعقد وحكمه للدخيل. [أ/٢٢٩/م]

وكذا إذا ساوم الشفيع الدار من المشتري أو سأله أن يوليه إياها أو استأجرها الشفيع من المشتري أو أخذها مزارعة أو معاملة وذلك كله بعد علمه بالشراء؛ لأن ذلك كله دليل الرضا، أما المساومة فلأنها طلب تمليك بعقد جديد وأنه دليل الرضا بملك المتملك.

وكذلك التولية لأنها تملك بمثل الثمن الأول من غير زيادة ولا نقصان وأنها دليل الرضا بملك المتملك.

وأما الاستئجار والأخذ معاملة أو مزارعة فلأنها تقرير لملك المشتري فكانت دليل الرضا بملكه فرق بين هذا وبين الفصل الأول حيث شرط ههنا علم الشفيع بالشراء لبطلان حق الشفعة وهناك لم يشترط وإنما كان كذلك؛ لأن السقوط في الفصل الأول بصريح الإسقاط والإسقاط تصرف في نفس الحق فيستدعي ثبوت الحق لا غير كالطلاق والعتاق والإبراء عن الديون والسقوط ههنا بطريق الدلالة وهي دلالة الرضا لا بالتصرف في محل الحق بل في محل آخر والتصرف في محل آخر لا يصلح دليل الرضا إلا بعد العلم بالبيع إذ الرضا بالشي بدون العلم به محال والله عز وجل أعلم.

ولو سلم الشفعة في النصف بطلت في الكل لأنه لما سلم في النصف بطل حقه في النصف المسلم فيه بصريح الإسقاط وبطل حقه في النصف الباقي لأنه لا يملك تفريق الصفقة على المشتري فبطلت شفعته في الكل، ولو طلب نصف الدار بالشفعة هل يكون ذلك تسليماً منه للشفعة في الكل، اختلف فيه أبو يوسف ومحمد، قال أبو يوسف: لا يكون تسليماً، وقال محمد: يكون تسليماً في الكل إلا أن يكون سبق منه طلب الكل بالشفعة فلم يسلم له المشتري، فقال له حينئذٍ: أعطني نصفها على أن أسلم لك النصف الباقي فإن هذا لا يكون تسليماً.

وجه قول محمد: أنه لما طلب النصف بالشفعة فقد أبطل حقه في النصف الآخر، لأنه ترك الطلب فيه مع القدرة عليه وذا دليل الرضا فبطل حقه فيه فيبطل حقه في النصف المطلوب ضرورة تعذر تفريق الصفقة على المشتري، بخلاف ما إذا كان سبق منه الطلب في الكل، لأنه لما طلب في الكل فقد تقرر حقه في الكل ولم يكن قوله بعد ذلك أعطني النصف على أن أسلم لك النصف الباقي تسليماً، بخلاف/ ما إذا قال ابتداء [ب/٢٢٩/م] لأن الحق لم يتقرر بعد.

وجه قول أبي يوسف: أن الحق ثبت له في كل الدار والحق إذا ثبت لا يسقط إلا بالإسقاط ولم يوجد فبقي كما كان إن شاء أخذ الكل بالشفعة، وإن شاء ترك، وجواب محمد رحمه الله عن هذا: أنه وجد منه الإسقاط في النصف الذي لم يطلبه من طريق الدلالة على ما بينا والله سبحانه وتعالى أعلم.

وأما الضروري: فنحو أن يموت الشفيع بعد الطلبين قبل الأخذ بالشفعة فتبطل شفعته وهذا عندنا،

وعند الشافعي[1] رحمه الله: لا تبطل ولوارثه حق الأخذ ولقب المسألة أن خيار الشفعة هل يورث؟ عندنا لا يورث وعنده يورث، والكلام فيه من الجانبين على نحو الكلام في خيار الشرط، وسيأتي ذكره في كتاب البيوع ولا يبطل بموت المشتري وللشفيع أن يأخذ من وارثه لأن الشفعة حق على المشتري، ألا ترى أنه مجبور عليه في التملك فلا يسقط بموته كحق الرد بالعيب والله سبحانه وتعالى أعلم.

فصل: وأما بيان ما يملك به المشفوع فيه فنقول وبالله التوفيق: المشفوع فيه يملك بالتملك وهو تفسير الأخذ بالشفعة فلا ملك للشفيع قبل الأخذ بل له حق الأخذ والتملك قبل الأخذ للمشتري لوجود سبب الملك فيه وهو الشراء فله أن يبني ويغرس ويهدم ويقلع ويؤاجر، ويطيب له الأجر ويأكل من ثمار الكرم ونحو ذلك، وكذا له أن يبيع ويهب ويوصي وإذا فعل ينفذ إلا أن للشفيع أن ينقض ذلك بالأخذ بالشفعة، لأن حقه سابق على تصرف المشتري فيمتنع اللزوم، ولو جعل المشتري الدار مسجداً أو مقبرة فللشفيع أن يأخذها بالشفعة وينقض ما صنع المشتري، كذا ذكر في «الأصل».

وقال الحسن بن زياد: بطلت شفعته.

وجه قوله: أن المشتري تصرف في ملك نفسه فينفذ كما لو باع إلا أن البيع ونحوه مما يحتمل النقض بعد وجوده فنفذ ولم يلزم، وهذه التصرفات مما لا يحتمل الانتقاض كالإعتاق فكان نفاذها لزومها/. [٢٣٠/أ م]

ولنا: أن تعلق حق الشفيع بالمبيع يمنع من صيرورته مسجداً، لأن المسجد ما يكون خالصاً لله تعالى وتعلق حق العبد به يمنع خلوصه لله عز وجل فيمنع صيرورته مسجداً وله أن يأخذ الدار المشتراة بالشفعة لوجود السبب وهو جوار الملك أو الشركة في ملك المبيع.

وعلى هذا يخرج ما إذا اشترى داراً ولها شفيع فبيعت دار إلى جنب هذه الدار فطالب المشتري بالشفعة وقُضِيَ له بها، ثم حضر الشفيع يقضى له بالدار التي بجواره ويمضي القضاء في الثانية للمشتري، أما للشفيع فظاهر، وأما للمشتري فلأن الجوار كان ثابتاً له وقت البيع والقضاء بالشفعة إلا أنه بطل بعد ذلك بأخذ الشفيع للدار بالشفعة، وهذا لا يوجب بطلان القضاء لأنه تبين أن جوار الملك لم يكن ثابتاً كمن اشترى داراً ولها شفيع فَقُضِيَ له بالشفعة ثم باع داره التي بها يشفع أنه لا يبطل القضاء بالشفعة لما قلنا كذا هذا.

ولو كان الشفيع جاراً للدارين فالمسألة بحالها فيُقْضَىٰ له بكل الدار الأولى وبالنصف من الثانية، لأنه جار خاص للدار الأولى فيختص بشفعتها وهو مع المشتري جاران للدار الثانية فيشتركان في شفعتها وشراء المشتري لا يبطل حقه في الشفعة، ولأنه لا ينافيه بل يقرره على ما بينا فيما تقدم.

وروي عن أبي يوسف رحمه الله: فيمن اشترى نصف دار، ثم اشترى رجل آخر نصفها الآخر فخاصمه المشتري الأول فيُقْضَىٰ له بالشفعة بالشركة، ثم خاصمه الجار في الشفعتين جميعاً أن الجار أحق بشفعة النصف الأول ولا حق له في النصف الثاني، لأنه جار للنصف الأول فيأخذه بالجوار والمشتري شريك عند بيع النصف الثاني لثبوت الملك له في النصف الأول بسبب الشراء وثبوت الحق للشفيع في النصف الأول لا

(١) انظر «المجموع» (١٥/ ١٢٤) مع تكملة المطيعي.

يمنع ثبوت الملك للمشتري فيه فكان شريكاً عند بيع النصف الثاني والشريك مقدم على الجار.

وكذلك لو اشترى نصفها، ثم اشترى نصفها الآخر رجل آخر فلم يخاصمه فيه حتى أخذ الجار النصف الأول فالجار أحق بالنصف الثاني، لأن الملك وإن ثبت للمشتري الأول في النصف الأول لكنه قد بطل بأخذ الجار/ بالشفعة فبطل حقه في الشفعة. [ب/ ٢٣٠/م]

ولو ورث رجل داراً فبيعت دار بجنبها فأخذها بالشفعة ثم بيعت دار إلى جنب الثانية فأخذها بالشفعة ثم استحقت الدار الموروثة وطلب المستحق الشفعة فإن المستحق يأخذ الدار الثانية والوارث أحق بالثالثة، لأن بالاستحقاق تبين أن الدار التي يشفع بها الوارث كانت ملك المستحق فتبين أنه أخذ الثانية بغير حق إذ تبين أنه لم يكن جاراً فكانت الشفعة في الثانية للمستحق والوارث يكون أحق بالثالثة، لأن الملك كان ثابتاً للوارث عند بيع الثالثة فكان السبب وهو جوار الملك ثابتاً له عنده ثم بطل الاستحقاق وبطلان الملك لا يوجب بطلان الشفعة وليس للشفيع أن ينقض قسمة المشتري حتى لو اشترى نصف دار من رجل مشاعاً وقاسم المشتري البائع، ثم حضر الشفيع فالقسمة ماضية ليس للشفيع أن ينقضها ليأخذ نصفها مشاعاً. سواء كانت قسمته بقضاء أو بغير قضاء. لأن القسمة من تمام القبض. ولهذا لم تصح هبة المشاع فيما يحتمل القسمة لأن القبض شرط صحة الهبة والقبض على التمام لا يتحقق مع الشياع.

وإذا كانت القسمة من تمام القبض فالشفيع لا يملك نقض القبض بأن اشترى داراً وقبضها ثم حضر الشفيع وأراد أن ينقض قبضه ليأخذها من البائع لم يملك ذلك وإذا لم يملك نقض القبض لا يملك نقض ما به تمام القبض وهو القسمة بخلاف ما إذا كانت الدار مشتركة بين اثنين باع أحدهما نصيبه من رجل فقاسم المشتري الشريك الذي لم يبع ثم حضر الشفيع له أن ينقض القسمة؛ لأن القسمة هناك ليست من جملة القبض لأنها من حكم البيع الأول إذ البيع الأول كما أوجب الملك أوجب القسمة في المشاع والبيع الأول لم يقع مع هذا المشتري الذي قاسم فلم تكن هذه القسمة بحكم العقد بل بحكم الملك والتصرف بحكم الملك يملك الشفيع نقضه كالبيع والهبة.

وللشفيع أن يأخذ النصف الذي أصاب المشتري بالشفعة سواء وقع نصيب المشتري من جانب الشفيع أو من جانب آخر/ ، لأن الشفعة وجبت له في النصف المُشْتَرَىٰ والنصف الذي أصاب المشتري هو المشترى، لأن القسمة إفراز. [أ/ ٢٣١/م]

ولو وقع نصيب البائع من جانب الشفيع فباعه بعد القسمة قبل طلب الشفيع الشفعة الأولى ثم طلب الشفيع فإن قضى القاضي بالشفعة الأخيرة جعل نصف البائع بين الشفيع وبين المشتري وقُضِيَ بالشفعة الأولى وهي نصف المشتري للشفيع، لأن الشفيع مع المشتري جاران لنصف البائع والشفيع جار خاص لنصف المشتري.

ولو بدأ فقضى للشفيع بالشفعة الأولى قضى له بالأخيرة أيضاً لأنه لما قضي له بالشفعة الأولى بطل حق جوار المشتري فلم يبق له حق الأخذ بالشفعة وللشفيع أن يرد المشفوع فيه بخيار الرؤية والعيب وللمشتري

حق الحبس لاستيفاء الثمن، لأن الملك فيه لما كان يثبت بالتملك ببدل كان الأخذ بالشفعة شراء فيراعى فيه أحكامُ البيع والشراء والله سبحانه وتعالى أعلم.

فصل:

وأما بيان طريق التملك بالشفعة، وبيان كيفيته فالتملك بالشفعة يكون بأحد طريقين:

إما بتسليم المشتري، وإما بقضاء القاضي، أما التملك بالتسليم بالبيع فظاهر، لأن الأخذ بتسليم المشتري برضاه ببدل يبذله الشفيع وهو الضمن يفسر الشراء والشراء تملك.

وأما بقضاء القاضي فالكلام فيه في ثلاثة مواضع: في بيان كيفية التملك بالقضاء بالشفعة، وفي بيان شرط جواز القضاء بالشفعة، وفي بيان وقت القضاء بالشفعة.

أما الأول: فالمبيع لا يخلو إما أن يكون في يد البائع، وإما أن يكون في يد المشتري؛ فإن كان في يد البائع؛ ذكر الكرخي رحمه الله أن القاضي إذا قضى بالشفعة ينتقض البيع الذي كان بين البائع وبين المشتري في المشهور من قولهم، وروي عن أبي يوسف رحمه الله أنه لا ينقض.

واختلف المشايخ فيه، قال بعضهم: البيع لا ينتقض بل تتحول الصفقة إلى الشفيع، وقال بعضهم: ينتقض البيع الذي جرى بين البائع والمشتري وينعقد للشفيع بيع آخر كأنه كان من البائع إيجابان:

[ب/٢٣١/م] أحدهما: مع المشتري، والآخر: مع الشفيع، فإذا/ قضى القاضي بالشفعة فقد قبل الشفيع الإيجاب الذي أضيف إليه وانتقض ما أضيف إلى المشتري سواء قَبِلَ المشتري الإيجاب المضاف إليه أو لم يقبل.

وجه قول من قال بالتحول لا بالانتقاض: أن البيع لو انتقض لتعذر الأخذ بالشفعة لأنه من شرائط وجوب الشفعة فإذا انتقض لم يجب فتعذر الأخذ.

وجه قول من قال: إنه ينتقض نص محمد والمعقول والأحكام، أما الأول فقد ذكر محمد رحمه الله وقال: انتقض البيع فيما بين البائع والمشتري، وهذا نص في الباب.

وأما المعقول: فمن وجهين:

أحدهما: أن القاضي إذا قضى بالشفعة قبل القبض فقد عجز المشتري عن قبض المبيع والعجز عن قبض المبيع يوجب بطلان البيع لخلوه عن الفائدة كما إذا هلك المبيع قبل القبض.

والثاني: أن الملك قبل الأخذ بالشفعة للمشتري لوجود آثار الملك في حقه على ما بينا فيما تقدم، ولو تحول الملك إلى الشفيع لم يثبت الملك للمشتري.

وأما الأحكام: فإن للشفيع أن يرد الدار على من أخذها منه بخيار الرؤية، وإذا رد عليه لا يعود شراء المشتري، ولو تحولت الصفقة إلى الشفيع لعاد شراء المشتري لأن التحول كان لضرورة مراعاة حق الشفيع ولما رد فقد زالت الضرورة فينبغي أن يعود الشراء، ولأنها لو تحولت إليه لصار المشتري وكيلاً للشفيع؛ لأن

عقده يقع له؛ ولو كان كذلك لما ثبت للشفيع خيار الرؤية إذا كان المشتري رآها قبل ذلك ورضي بها؛ لأن خيار الرؤية يبطل برؤية الوكيل ورضاه.

وكذلك لو كان الشراء بثمن مؤجل فأراد الشفيع أن يأخذها للحال يأخذ بثمن حال، ولو تحولت الصفقة إليه لأخذها بثمن مؤجل، وكذا لو اشتراها على البائع بريء من كل عيب بها عند البيع، ثم أخذها الشفيع فوجد بها عيباً فله أن يردها على من أخذها منه.

ولو تحولت تلك الصفقة إلى الشفيع لما ثبت له حق الرد كما لم يثبت للمشتري فدلت هذه المسائل على أن شراء المشتري ينتقض ويأخذها الشفيع/ بشراء مبتدأ بعد إيجاب مبتدأ مضاف إليه، وقد خرج [أ/٢٣٢م] الجواب عن قولهم: إن البيع لو انتقض لتعذر الأخذ بالشفعة لأنه لا يأخذ بذلك العقد لانتقاضه بل بعقد مبتدأ مقرر بين البائع وبين الشفيع على ما بينا تقريره والله سبحانه وتعالى أعلم.

وإن كان المبيع في يد المشتري أخذه منه ودفع الثمن إلى المشتري والبيع الأول صحيح، لأن التملك وقع على المشتري فيجعل كأنه اشترى منه ثم إذا أخذ الدار من يد البائع يدفع الثمن إلى البائع وكانت العهدة عليه ويسترد المشتري الثمن من البائع إن كان قد نقد؛ وإن أخذها من يد المشتري دفع الثمن إلى المشتري وكانت العهدة عليه لأن العهدة هي حق الرجوع بالثمن عند الاستحقاق فيكون على من قبض الثمن.

وروي عن أبي يوسف رحمه الله: أن المشتري إذا كان نقد الثمن ولم يقبض الدار حتى قضي للشفيع بمحضر منهما أن الشفيع يأخذ الدار من البائع وينقد الثمن للمشتري والعهدة على المشتري. وإن كان لم ينقد دفع الشفيع الثمن إلى البائع والعهدة على البائع لأنه إذا كان نقد الثمن للبائع فالملك لا يقع على البائع أصلاً لأنه لا ملك له ولا يد أيضاً لبطلان حق الحبس بنقد الثمن بل يقع على المشتري فيكون الثمن له والعهدة عليه، وإذا كان لم ينقد فللبائع حق الحبس فلا يتمكن الشفيع من قبض الدار إلا بدفع الثمن إلى البائع فكانت العهدة على البائع وأما شرط جواز القضاء بالشفعة فحضرة المقضي عليه، لأن القضاء على الغائب لا يجوز.

وجملة الكلام فيه: أن المبيع إما أن يكون في يد البائع، وإما أن يكون في يد المشتري، فإن كان في يد البائع فلا بد من حضرة البائع والمشتري جميعاً، لأن كل واحد منهما خصم، أما البائع فباليد؛ وأما المشتري فبالملك فكان كل واحد منهما مقضياً عليه فيشترط حضرتهما لئلا يكون قضاء على الغائب من غير أن يكون عنه خصم حاضر.

وأما إن كان في يد المشتري فحضرة البائع ليست بشرط ويُكْتَفَىٰ بحضرة المشتري، لأن البائع خرج من أن يكون خصماً لزوال ملكه ويده عن المبيع فصار كالأجنبي، وكذا حضرة الشفيع أو وكيله شرط جواز القضاء له بالشفعة لأن القضاء على الغائب كما لا يجوز فالقضاء للغائب لا يجوز أيضاً/ ثم القاضي إذا قضى [ب/٢٣٢م] بالشفعة يثبت الملك للشفيع ولا يقف ثبوت الملك له على التسليم، لأن الملك للشفيع يثبت بمنزلة الشراء والشراء الصحيح يوجب الملك بنفسه.

وأما وقت القضاء بالشفعة: فوقته وقت المنازعة والمطالبة بها فإذا طالبه بها الشفيع يقضي القاضي له

بالشفعة سواء حضر الثمن أو لا في ظاهر الرواية، وللمشتري أن يحبس الدار حتى يستوفي الثمن من الشفيع. وكذا الورثة لأن التملك بالشفعة بمنزلة الشراء من المشتري وللبائع حق حبس المبيع لاستيفاء الثمن. فإن أبى أن ينقد حبسه القاضي. لأنه ظهر ظلمه بالامتناع من إيفاء حق واجب عليه فيحبسه ولا ينقض الشفعة كالمشتري إذا امتنع من إيفاء الثمن أنه يحبس ولا ينقض البيع، وإن طلب أجلاً لنقد الثمن أجله يوماً أو يومين أو ثلاثة أيام لأنه لا يمكنه النقد للحال فيحتاج إلى مدة يتمكن فيها من النقد فيمهله ولا يحبسه. لأن الحبس جزاء الظلم بالمطل ولم يظهر مطله. فإن مضى الأجل ولم ينقد حبسه.

وقال محمد رحمه الله: ليس ينبغي للقاضي أن يقضي بالشفعة حتى يحضر الشفيع المال، فإن طلب أجلاً أجله يوماً أو يومين أو ثلاثة أيام ولم يقض له بالشفعة، فإن قضى بالشفعة ثم أبى الشفيع أن ينقد حبسه، وهذا عندي ليس باختلاف على الحقيقة وللقاضي أن يقضي بالشفعة قبل إحضار الثمن بلا خلاف لأن لفظ محمد رحمه الله: ليس ينبغي للقاضي أن يقضي بالشفعة حتى يحضر الشفيع المال، لا يدل على أنه ليس له أن يقضي بل هو إشارة إلى نوع احتياط واختيار الأول لا تستعمل لفظة لا ينبغي إلا في مثله، ولهذا لو قضىٰ جاز ونفذ قضاؤه نص عليه محمد وليس ذلك لكونه محل الاجتهاد، ولأن القضاء بمذهب المخالف في المجتهدات إنما ينفذ بشريطة اعتقاد إصابته فيه وإفضاء اجتهاده إليه وقد أطلق القضية في النفاذ من غير هذا الشرط، فدل أنه لا خلاف في المسألة على التحقيق ثم إن ثبت الخلاف.

فوجه قول محمد: أن حق الشفعة إنما يثبت لدفع ضرر الدخيل عن الشفيع والقضاء قبل إحضار الثمن يتضمن الضرر بالمشتري/ لاحتمال إفلاس الشفيع ودفع الضرر عن الإنسان بإضرار غيره متناقض فلا يقضي [٢٣٣/أ/م] قبل الإحضار ولكن يؤجله يومين أو ثلاثة إن طلب التأجيل تمكيناً له من نقد الثمن.

وجه ظاهر الرواية: أن الشفيع يصير متملكاً المشفوع فيه بمقتضى القضاء بالشفعة كأن اشتراه منه والتملك بالشراء لا يقف على إحضار الثمن كما في الشراء المبتدأ.

وقال محمد رحمه الله: لو ضرب له القاضي أجلاً؛ فقال له:إن لم تأت بالثمن إلى وقت كذا فلا شفعة لك فلم يأت به بطلت شفعته.

وكذا إذا قال الشفيع: إن لم أعطك الثمن إلى وقت كذا فأنا بريء من الشفعة لأن هذا تعليق إسقاط حق الشفعة بالشرط والإسقاطات مما يحتمل التعليق بالشرط كالطلاق والعتاق ونحو ذلك.

فصل: وأما بيان شرط التملك فالتملك بالشفعة له شرطان:

أحدهما: رضا المشتري أو قضاء القاضي، لأن تملك مال الغير مما لا سبيل إليه في الشرع إلا بالتراضي أو بقضاء القاضي فلا يثبت التملك بدونهما.

والثاني: أن لا يتضمن التملك تفريق الصفقة على المشتري، فإن تضمن ليس له أن يتملك، لأن في التفريق ضرراً بالمشتري وهو ضرر الشركة ودفع الضرر بالضرر متناقض.

وعلى هذا يخرج ما إذا أراد الشفيع أن يأخذ بعض المُشْتَرىٰ بالشفعة دون بعض أنه هل يملك ذلك؟

فجملة الكلام فيه أن المُشترَىٰ لا يخلو إما أن يكون بعضه ممتازاً عن البعض، وإما أن لا يكون فإن لم يكن بأن اشترى داراً واحدة فأراد الشفيع أن يأخذ بعضها بالشفعة دون البعض أو يأخذ الجانب الذي يلي الدار دون الباقي ليس له ذلك بلا خلاف بين أصحابنا، ولكن يأخذ الكل أو يدع لأنه لو أخذ البعض دون البعض تتفرق الصفقة على المشتري، لأن الملك له في كل الدار ثبت بقول واحد فكان أخذ البعض تفريقاً فلا يملكه الشفيع وسواء اشترى واحد من واحد أو واحد من اثنين أو أكثر حتى لو أراد الشفيع أن يأخذ نصيب أحد البائعين ليس له لما قلنا، سواء كان المشتري قبض أو لم يقبض في ظاهر الرواية عن أصحابنا، / وروي [ب ٢٣٣ م] عنهم أن للشفيع أن يأخذ نصيب أحد البائعين قبل القبض وليس له أن يأخذ من المشتري نصيب أحدهما بعد القبض.

وجه هذه الرواية: أن التملك قبل القبض لا يتضمن معنى التفريق، لأن التملك يقع على البائع وقد خرج نصيبه عن ملكه فلا يلزمه ضرر التفريق وهو ضرر الشركة، بخلاف ما بعد القبض، لأن التملك بعد القبض يقع على المشتري ألا ترى أن العهدة عليه وفيه تفريق ملكه، والصحيح جواب الرواية، لأن الملك قبل القبض للمشتري بصفقة واحدة فبملك نصيب أحد البائعين تفريق ملكه فيلزمه ضرر الشركة.

ولو اشترى رجلان من رجل داراً فللشفيع أن يأخذ نصيب أحد المشتريين في قولهم جميعاً، لأن الأخذ هنا لا يتضمن التفريق لأن الصفقة حصلت متفرقة وقت وجودها إذ الملك في نصيب كل واحد منهما ثبت بقوله فلم تتحد الصفقة فلا يقع الأخذ تفريقاً لحصول التفريق قبله، وسواء كان بعد القبض أو قبله في ظاهر الرواية.

وروي أنه ليس للشفيع أن يأخذ قبل القبض إلا الكل وبعد القبض له أن يأخذ نصيب أحد المشتريين.

وجه هذه الرواية: أن أخذ البعض قبل القبض يتضمن تفريق اليد على البائع والتملك قبل القبض لا يتضمن التفريق، لأن التملك يقع على البائع وأنه لا يجوز، ألا ترى أن أحد المشتريين لو أراد أن يقبض حصته دون صاحبه ليس له ذلك.

وجه ظاهر الرواية: ما ذكرنا أن الصفقة حصلت متفرقة من الابتداء فلا يكون أخذ البعض تفريقاً لحصول التفريق قبل الأخذ، وقوله فيه تفريق اليد وهو القبض ممنوع فالشفيع يتملك نصيب أحد المشتريين بالشفعة ولكنه لا يفرق اليد حتى لو نقد الثمن ليس له أن يقبض أحد النصفين ما لم ينقد الآخر كيلا يتفرق القبض، وسواء سمى لكل نصف ثمناً على حدة أو سمى للجملة ثمناً واحداً فالعبرة لاتحاد الصفقة وتعددها لا لاتحاد الثمن وتعدده، لأن المانع من التفريق هو الضرر والضرر ينشأ عن اتحاد الصفقة لا عن اتحاد الثمن وسواء كان المشتري عاقداً لنفسه أو لغيره في الفصلين جميعاً حتى/ لو وكل رجلان جميعاً رجلاً واحداً [أ/٢٣٤/م] بالشراء فاشترى الوكيل من رجلين فجاء الشفيع ليس له أن يأخذ نصيب أحد البائعين بالشفعة، ولو وكل رجل واحد رجلين فاشتريا من واحد فللشفيع أن يأخذ ما اشتراه أحد الوكيلين، وكذا لو كان الوكلاء عشرة اشتروا لرجل واحد فللشفيع أن يأخذ من واحد أو من اثنين أو من ثلاثة.

قال محمد رحمه الله: وإنما أنظر في هذا إلى المشتري ولا أنظر إلى المشترى له وهو نظر صحيح،

لأن الأخذ بالشفعة من حقوق البيع وأنها راجعة إلى الوكيل فكانت العبرة لاتحاد الوكيل وتعدده دون الموكل والله سبحانه وتعالى أعلم.

وإن كان المُشْتَرَىٰ بعضه ممتازاً عن البعض بأن اشترى دارين صفقة واحدة فأراد الشفيع أن يأخذ إحداهما دون الأخرى، فإن كان شفيعاً لهما جميعاً فليس له ذلك ولكن يأخذهما جميعاً أو يدعهما، وهذا قول أصحابنا الثلاثة رضي الله تعالى عنهم، وقال زفر رحمه الله: له أن يأخذ إحداهما بحصتها من الثمن.

وجه قوله: أن المانع من أخذ البعض دون البعض هو لزوم ضرر الشركة ولم يوجد ههنا لانفصال كل واحدة من الدارين عن الأخرى.

ولنا: أن الصفقة وقعت مجتمعة، لأن المشتري ملك الدارين بقبول واحد فلا يملك الشفيع تفريقها كما في الدار الواحدة، وقوله ليس فيه ضرر الشركة مسلم لكن فيه ضرر آخر وهو أن الجمع بين الجيد والرديء في الصفقة معتاد فيما بين الناس فلو ثبت له حق أخذ أحدهما لأخذ الجيد فيتضرر له المشتري لأن الرديء لا يُشْتَرَى وحده بمثل ما يُشْتَرَىٰ مع الجيد فيتضرر به، وسواء كانت الداران متلاصقتين أو متفرقتين في مصر واحد أو مصرين فهو على الاختلاف لما ذكرنا من المعنى في الجانبين، فإن كان الشفيع شفيعاً لإحداهما دون الأخرى ووقع البيع صفقة واحدة فهل له أن يأخذ الكل بالشفعة، روي عن أبـي حنيفة أنه ليس له أن يأخذ إلا التي تجاوره بالحصة.

وكذا روي عن محمد في الدارين المتلاصقين إذا كان الشفيع جاراً لأحدهما أنه ليس له الشفعة إلا فيما يليه، وكذا قال محمد في الأقرحة/ [ب/٢٣٤/م] المتلاصقة وواحد منها يلي أرض إنسان وليس بين الأقرحة طريق ولا نهر إنما هي منساة إنه لا شفعة له إلا في القراح الذي يليه خاصة.

وكذلك في القرية إذا بيعت بدورها وأراضيها أن لكل شفيع أن يأخذ القراح الذي يليه خاصة، وروى الحسن عن أبـي حنيفة رضي الله عنه أن للشفيع أن يأخذ الكل في ذلك كله بالشفعة.

قال الكرخي: رواية الحسن تدل على أن قول أبـي حنيفة كان مثل قول محمد رحمه الله ثم رجع عن ذلك فجعله كالدار الواحدة.

وجه الرواية الأولى: أن سبب ثبوت الحق وهو الجوار وجد في أحدهما وهو ما يليه فلا يملك إلا أخذ أحدهما والصفقة وإن وقعت مجتمعة ولكنها أضيفت إلى شيئين أحدهما ثبت فيه حق الشفعة والآخر لم يثبت فيه حق الشفعة فله أن يأخذ ما ثبت فيه الحق كما إذا اشترى عقاراً أو منقولاً صفقة واحدة أنه يأخذ العقار خاصة كذا هذا.

وجه الرواية الأخرى: أن سبب الوجوب وإن وجد فيما يليه دون الباقي لكن لا سبيل إلى أخذه خاصة بدون الباقي لما فيه من تفريق الصفقة فيأخذ ما يليه قضية للسبب ويأخذ الباقي ضرورة التحرز عن تفريق الصفقة.

فصل: وأما بيان ما يتملك به فنقول وبالله التوفيق: ثمن المشتري لا يخلو إما أن يكون مما له مثل

كالمكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة؛ وإما أن يكون مما لا مثل له كالزروعات والمعدودات المتفاوتة كالثوب والعبد ونحو ذلك فإن كان مما له مثل فالشفيع يأخذ بمثله، لأن فيه تحقيق معنى الأخذ بالشفعة إذ هو تمليك بمثل ما تملك به المشتري، وإن كان مما لا مثل له يأخذ بقيمته عند عامة العلماء، وقال أهل المدينة يأخذ بقيمة المُشْتَرىٰ.

وجه قولهم: أن المصير إلى قيمة المبيع عند تعذر إيجاب المسمى من الثمن هو الأصل في الشريعة كما في البيع الفاسد، وههنا تعذر الأخذ بالمسمى فصار إلى قيمة الدار والعقار.

ولنا: أن الأخذ بالشفعة يملك بمثل ما تملك به المشتري، فإن كان الثمن الذي تملك به المشتري من ذوات الأمثال كان الأخذ به تملكاً بالمثل صورة/ ومعنى وإن لم يكن من ذوات الأمثال كان الأخذ بقيمته [أ/٢٣٥م] تملكاً بالمثل معنى، لأن قيمته مقدار ماليته بتقويم المقومين لهذا سميت قيمته لقيامه مقامه فكان مثله معنى، وأما قيمة الدار فلا تكون مثل العبد والثوب لا صورة ولا معنى فالتملك بها لا يكون تملكاً بالمثل فلا يتحقق معنى الأخذ بالشفعة، ولو تبايعا داراً بدار فلشفيع كل واحدة من الدارين أن يأخذها بقيمتها لأن الدار ليست من ذوات الأمثال فلا يمكن الأخذ بمثلها فيأخذ بقيمتها كالعبد والثوب.

وعلى هذا يخرج ما لو اشترى داراً بعرض ولم يتقابضا حتى هلك العرض بطل البيع فيما بين البائع والمشتري وللشفيع الشفعة، وكذلك لو كان المشتري قبض الدار ولم يسلم العرض حتى هلك.

أما بطلان البيع فيما بين البائع والمشتري فلأن العرض مبيع إذ المبيـع في الأصل ما يتعين بالتعيين في البيع والعرض يتعين بالتعيين في البيع فكان مبيعاً وهلاك المبيع قبل القبض يوجب بطلان البيع لتعذر التسليم بعد الهلاك فلم يكن في إبقاء العقد فائدة فيبطل.

وأما بقاء الشفعة للشفيع فلأن الواجب عليه قيمة العرض لا عينه والقيمة مقدور التسليم في حقه فكان بقاء العرض في حق الشفيع وهلاكه بمنزلة واحدة ثم الشفيع إنما يأخذ بما وجب بالعقد لا بما أعطى بدلاً من الواجب لما ذكرنا أن الأخذ بالشفعة يملك بمثل ما تملك به المشتري والمشتري تملك المبيع بالمسمى وهو الواجب بالعقد فيأخذه الشفيع به حتى لو اشترى الدار بالدراهم والدنانير ثم دفع مكانها عرضاً فالشفيع يأخذ بالدراهم والدنانير لا بالعرض لأن الدراهم والدنانير هي الواجبة بالعقد.

وأما العرض فإنما أخذه البائع بعقد آخر وهو الاستبدال فلم يكن واجباً بالعقد فصار كأن البائع اشترى بالثمن عرضاً ابتداء ثم حضر الشفيع، ولو كان كذلك لكان يأخذ بالثمن لا بالعرض كذا هذا والله عز وجل أعلم.

ولو زاد المشتري البائع في الثمن فالزيادة لا تلزم الشفيع، لأن الشفيع إنما يأخذ/ بما وجب بالعقد [ب/٢٣٥م] والزيادة ما وجبت بالعقد في حق الشفيع لانعدامها وقت العقد حقيقة إلا أنها جعلت موجودة عند العقد في حق المتعاقدين تصحيحاً لتصرفهما فلا يظهر الوجود في حق الشفيع فلم تكن الزيادة ثمناً في حقه بل كانت هبة مبتدأة فلا تتعلق بها الشفعة كالهبة المبتدأة.

ولو حط البائع عن المشتري أو أبرأه عن البعض فالشفيع يأخذ بما بقي لأن حط بعض الثمن يلتحق

بأصل العقد ويظهر في حق الشفيع كان العقد ما ورد إلا على هذا القدر بخلاف الزيادة فإن التحاقها لا يظهر في حق الشفيع لما بينا، ولأن في تصحيح الزيادة ثمناً في حق الشفيع ضرراً به ولا ضرر عليه في الحط ولو حط جميع الثمن يأخذ الشفيع بجميع الثمن ولا يسقط عنه شيء، لأن حط كل الثمن لا يلتحق بأصل العقد لأنه لو التحق لبطل البيع لأنه يكون بيعاً بلا ثمن فلم يصح الحط في حق الشفيع والتحق في حقه بالعدم فيأخذ بجميع الثمن ولا يسقط عنه شيء، لأن حط كل الثمن لا يلتحق بأصل العقد وصح في حق المشتري وإن كان إبراء له عن الثمن.

ولو اشترى داراً بثمن مؤجل فالشفيع بالخيار إن شاء أخذها بثمن حال، وإن شاء انتظر مضي الأجل فأخذ عند ذلك وليس له أن يأخذها للحال بثمن مؤجل، لأن الشفيع إنما يأخذ بما وجب بالبيع والأجل لم يجب بالبيع وإنما وجب بالشرط والشرط لم يوجد في حق الشفيع، ولهذا لم يثبت خيار المشتري للشفيع بأن اشترى على أنه بالخيار لأن ثبوته بالشرط ولم يوجد من الشفيع، وكذا البراءة عن العيب لا تثبت في حق الشفيع، لأن ثبوتها بالشرط ولم يوجد مع الشفيع كذا هذا، وله أن يمتنع من الأخذ في الحال، لأن الشفيع غير مجبور على الأخذ بالشفعة.

ولو اختار الشفيع أخذ الدار بثمن حال كان الثمن للبائع على المشتري إلى أجل، لأن الأخذ من المشتري منه بمنزلة التملك المبتدأ كأنه اشترى منه فلا يوجب بطلان البيع الأول فبقي الأول على حاله فكان الثمن على حاله إلى أجله، وروي عن أبي يوسف في شراء الدار بثمن مؤجل أنه يجب/ [٢٣٦/أ م] على الشفيع أن يطلب عنه علمه بالبيع فإن سكت إلى حين محل الأجل فذلك تسليم منه ثم رجع وقال: إذا طلب عند حل الأجل فله الشفعة وإن لم يطلب عند علمه بالبيع.

وجه قوله الأول: أن وقت الطلب هو وقت العلم بالبيع لا وقت حل الأجل فقد أخره عن وقته من غير عذر فبطل الحق.

وجه قوله الآخر: أن الطلب لا يراد لعينه بل لتأكيد الحق واستقراره والتأكيد لا يراد لنفسه بل لإمكان الأخذ وله أن لا يأخذ قبل حل الأجل فله أن لا يطلب قبل حله أيضاً والله تعالى أعلم.

فصل: وأما بيان ما يتملك بالشفعة فالذي يتملكه الشفيع بالشفعة هو الذي ملكه المشتري بالشراء سواء ملكه أصلاً أو تبعاً بعد أن يكون متصلاً وقت التملك بالشفعة وذلك نحو البناء والغرس والزرع والثمر وهذا استحسان، والقياس أن لا يؤخذ البناء والغرس والزرع والثمر بالشفعة.

وجه القياس: أن الشفيع إنما يتملك ما يثبت له فيه حق الشفعة وأنه يثبت في العقار لا في المنقول، وهذه الأشياء منقولة فلم يثبت فيها الحق فلا تتملك بالشفعة وخاصة الزرع والثمر، لأنهما مبيعان ومقصودان لا يدخلان في العقد من غير تسمية فلم يثبت الحق فيهما لا أصلاً ولا تبعاً.

ولنا: أن الحق إذا ثبت في العقار يثبت فيما هو تبع له، لأن حكم التبع حكم الأصل، وهذه الأشياء تابعة للعقار حالة الاتصال، أما البناء والغرس فظاهران لأن قيامهما بالأرض.

وكذلك الزرع والثمر، لأن قيام الزرع وقيام الثمر بالشجر وقيام الشجر بالأرض فكان تبعاً للأرض

بواسط الشجر فيثبت الحق فيهما تبعاً فيملكهما بالشفعة بطريق التبعية إلا أنهما لا يدخلان في العقد إلا بالتسمية مع وجود التبعية حقيقة بالنص وهو ما سنروي في كتاب البيوع عن سيدنا رسول الله ﷺ أنه قال: «مَنْ بَاعَ نَخْلاً قَدْ أُبِّرَتْ فَثَمَرَتُها للبَائِع إلاّ أنْ يَشْترطَها المُبْتاعُ»[1] فما دام البناء والشجر متصلاً بالأرض/ [ب/٢٣٦/م] فللشفيع أن يأخذ الأرض معه بالثمن الأول وكذا له أن يأخذ الأرض مع الثمر والزرع بالثمن الأول بقلاً كان الزرع أو مستحصداً إذا كان متصلاً، فأما إذا زال الاتصال ثم حضر الشفيع فلا سبيل للشفيع عليه وإن كان عينه قائماً سواء كان الزوال بآفة سماوية أو بصنع المشتري أو الأجنبي، لأن حق الشفعة في هذه الأشياء إنما ثبت معدولاً به عن القياس معلولاً بالتبعية وقد زالت التبعية بزوال الاتصال فيرد الحكم فيه إلى أصل القياس وهل يسقط عن الشفيع حصته من الثمن؟ هذا لا يخلو إما إن كان مما يدخل في العقد من غير تسمية وإما إن كان مما لا يدخل فيه إلا بالتسمية فإن كان مما يدخل في العقد من غير تسمية كالبناء والشجر ينظر إن كان زوال الاتصال بآفة سماوية بأن احترق البناء أو غرق أو جف شجر البستان لا يسقط شيء من الثمن والشفيع يأخذ الأرض بجميع الثمن إن شاء أخذ وإن شاء ترك.

وكذلك لو انهدمت الدار سواء بقي عين النقض أو هلك كذا ذكر القدوري رحمه الله في مختصره، وسوى بينه وبين الغرق والحرق، وفرق الكرخي رحمه الله فقال إن احترق أو غرق ولم يبق منه شيء لا يسقط شيء من الثمن.

وإن انهدم يسقط عن الشفيع حصته من الثمن، وسوى بينه وبين ما إذا انهدم بفعل المشتري أو الأجنبي لكنه فرق بينهما من وجه آخر وهو أن هناك تعتبر قيمته متصلاً فيقسم الثمن على قيمة البناء مبنياً وعلى قيمة الأرض فيأخذ الأرض بحصتها من الثمن، وههنا يعتبر منفصلاً ساقطاً ويسقط ذلك القدر من الثمن.

والصحيح ما ذكره القدوري رحمه الله، لأن البناء تبع والأتباع لا حصة لها من الثمن إلا أن تصير مقصودة بالفعل وهو الإتلاف والقبض ولم يوجد، ولهذا لو احترق أو غرق لا يسقط شيء من الثمن كذا هذا.

وإن كان زوال الاتصال بفعل المشتري أو أجنبي بأن انهدم البناء أو قطع الشجر تسقط حصته من الثمن لأنه صار مقصوداً بالإتلاف فصار له حصة من الثمن كأطراف العبد ويقسم الثمن على البناء مبنياً وعلى قيمة الأرض لأنه إنما يسقط حصة البناء فصار مضموناً عليه بفعله وهو الهدم والهدم صادفه وهو مبني فتعتبر قيمته/ مبنياً بخلاف ما إذا انهدم بنفسه على رواية الكرخي رحمه الله لأنه انهدم لا بصنع أحد فيعتبر حاله يوم [أ/٢٣٧/م] الانهدام، ولو لم يهدم المشتري البناء لكنه باعه بغير أرض ثم حضر الشفيع كان أحق بالبناء والأرض فيأخذ وينتقض البيع في البناء لأنه باع البناء وحق الشفيع متعلق به تبعاً للأرض لوجود الاتصال فكان سبيل من إبطال البيع كما لو باع الأصل وهو الأرض ثم حضر الشفيع أن له أن يأخذ وينتقض البيع كما قلنا كذا هذا.

وإن كان مما لا يدخل في العقد إلا بالتسمية كالثمر والزرع يسقط عن الشفيع حصته من الثمن سواء كان زوال الاتصال بصنع العبد أو بآفة سماوية، بخلاف الفصل الأول إذا احترق البناء أو غرق أو انهدم على

---

(١) سيأتي تخريجه موسعاً.

رواية القدوري رحمه الله أنه لا يسقط شيء من الثمن، لأن البناء مبيع تبعاً لا مقصوداً لثبوت حكم البيع فيها تبعاً لا مقصوداً بالتسمية والأتباع ما لها حصة من الثمن إلا إذا صارت مقصودة بالفعل ولم يوجد، فأما الثمر والزرع فكل واحد منهما مبيع مقصود.

ألا يرى أنه لا يدخل في العقد من غير تسمية فلا بد وأن يخصه شيء من الثمن، فإن هلك يهلك بحصته من الثمن سواء هلك بنفسه أو بالاستهلاك لما قلنا وتعتبر قيمته يوم العقد، لأنه أخذ الحصة بالعقد فتعتبر قيمته يوم العقد فيقسم الثمن على قيمة الأرض وعلى قيمة الزرع وقت العقد لكنه كيف تعتبر قيمتها يوم العقد، مفصولاً مجذوذاً أم قائماً روي عن أبي يوسف أنه تعتبر قيمة الزرع وهو بقل مفصول ومجذوذ فيسقط عنه ذلك القدر.

وروي عن محمد في «النوادر» أنه يعتبر قيمته قائماً فتقوم الأرض وفيها الزرع والثمر وتقوم وليس فيها الزرع والثمر فيسقط عن الشفيع ما بين ذلك.

وجه قول محمد: أن الزرع دخل في العقد وهو متصل ويثبت الحق فيه وهو منفصل، وكذا الثمر فتعتبر قيمتها على صفة الاتصال على أن في اعتبار حالة الانفصال إضراراً بالشفيع إذ ليس للمفصول والثمر المجذوذ كثير قيمة فيتضرر به الشفيع.

وجه قول أبي يوسف: أن حق الشفيع إنما/ سقط بعد زوال الاتصال فتعتبر قيمتها منفصلاً لا متصلاً. [ب/٢٣٧/م]

وكذا لو كانت الأرض مبذورة ولم يطلع الزرع بعد ثم طلع ففصله المشتري عند أبي يوسف يقسم الثمن على قيمة البذر وعلى قيمة الأرض فيسقط قدر قيمة البذر عن الثمن.

وعند محمد: تقوم الأرض مبذورة وغير مبذورة فيسقط عنه ما بين ذلك إذا آجر الشفيع الأرض مع الشجر بحصتها من الثمن وبقيت الثمرة في يد البائع هل يثبت الخيار للمشتري ذكر محمد أن الثمرة لازمة للمشتري ولا خيار له.

ولو كان البائع أتلف الثمرة قبل أن يأخذ الشفيع الأرض بالشفعة فالمشتري بالخيار، إن شاء أخذ الأرض بحصتها من الثمن، وإن شاء ترك لأنه لما أتلف الثمرة فقد فرق الصفقة على المشتري قبل التمام من غير رضاه وأنه يوجب الخيار بخلاف ما إذا كان الشفيع أخذ الأرض بالشفعة لأن التفريق هناك حصل برضا المشتري، لأن حق الشفيع كان ثابتاً في المأخوذ وأنه حق لازم فكان التفريق هناك لضرورة حق ثابت لازم شرعاً فكان المشتري راضياً به والتفريق المرضي به لا يوجب والله سبحانه وتعالى أعلم.

هذا إذا كانت هذه الأشياء موجودة عند العقد متصلة بالعقار ودام الاتصال إلى وقت التملك بالشفعة أو زال ثم حضر الشفيع، فأما إذا لم تكن موجودة عند العقد ووجدت بعده ثم حضر الشفيع، فإن كان الحادث مما يثبت حكم البيع فيه تبعاً وهو الثمر بأن وقع البيع ولا ثمر في الشجر ثم أثمر بعده ثم حضر الشفيع فإن دام متصلاً يأخذه الشفيع مع الأرض بالثمن الأول استحساناً لأنه ثبت حكم البيع فيه تبعاً لثبوته في الأرض بواسطة الشجر فكان مبيعاً تبعاً فيثبت حق الشفعة تبعاً سواء حدث في يد المشتري أو في يد البائع لأن الشفعة موجودة في الحالين، فإن زال الاتصال. فحضر الشفيع، فإن كان حدث في يد المشتري فالشفيع بأخذ

الأرض والشجر بالثمن الأول إن شاء وإن شاء ترك ولا يسقط شيء من الثمن وسواء كان زواله بآفة سماوية وهو قائم بعد الزوال أو هالك أو كان زواله بفعل أحد.

أما إذا كان بآفة سماوية وهو قائم أو هالك، لأنه كان تبعاً حالة الاتصال ولم يرد عليه فعل يصير به مقصوداً والتبع لا يصير/ له حصة من الثمن بدونه. [أ/٢٣٨/م]

وأما إذا كان الزول بصنع العبد بأن جده المشتري وهو قائم أو هالك فلأنه لم يرد عليه العقد ولا القبض، وإن كان حدث في يد البائع فإن كان الزوال بآفة سماوية وهو قائم أو هالك فكذلك أخذ الشفيع الأرض والشجر بجميع الثمن إن شاء لأنه لم يوجد فعل يصير به مقصوداً فيقابله الثمن.

وإن كان بفعل البائع بأن استهلكه يسقط عن الشفيع حصته من الثمن لصيرورته مقصوداً بالإتلاف، وإن كان الحادث مما لم يثبت فيه حكم البيع رأساً لا أصلاً ولا تبعاً بأن بنى المشتري بناء أو غرس أو زرع ثم حضر الشفيع يُقْضَىٰ له بشفعة الأرض ويجبر المشتري على قلع البنا والغرس وتسليم الساحة إلى الشفيع إلا إذا كان في القلع نقصان الأرض فللشفيع الخيار إن شاء أخذ الأرض بالثمن والبناء والغرس بقيمته مقلوعاً، وإن شاء أجبر المشتري على القلع وهذا جواب ظاهر الرواية.

وروي عن أبي يوسف: أنه لا يجبر المشتري على قلع البناء والغرس ولكنه يأخذ الأرض بثمنها، والبناء والغرس بقيمته قائماً غير مقلوع إن شاء وإن شاء ترك، وبه أخذ الشافعي[1] رضي الله عنه.

وأجمعوا على أن المشتري لو زرع في الأرض ثم حضر الشفيع أنه لا يجبر المشتري على قلعه ولكنه ينتظر إدراك الزرع ثم يُقْضَىٰ له بالشفعة فيأخذ الأرض بجميع الثمن.

وجه رواية أبي يوسف رحمه الله: أن في الجبر على النقض ضرراً بالمشتري وهو إبطال تصرفه في ملكه وفيما قلنا مراعاة الجانبين.

أما جانب المشتري فظاهر، لأن فيه صيانة حقه عن الإبطال، وأما جانب الشفيع فلأنه يأخذ البناء بقيمته وأخذ الشيء بقيمته لا ضرر فيه على أحد.

وجه ظاهر الرواية: أن حق الشفيع كان متعلقاً بالأرض قبل البناء ولم يبطل ذلك بالبناء بل بقي فإذا قُضِيَ له بالشفعة فقد صار ذلك الحق ملكاً له فيؤمر بتسليم ملكه إليه ولا يمكنه التسليم إلا بالنقض فيؤمر بالنقض ولهذا أمر الناصب والمشتري عند الاستحقاق بالنقض كذا هذا، قوله في النقض ضرر بالمشتري، قلنا: إن كان فيه ضرر به فهو الذي أضر بنفسه حيث/ بنى على محل تعلق به حق غيره، ولو أخذ الشفيع [ب/٢٣٨/م] الأرض بالشفعة وبنى عليها ثم استحقت وأمر الشفيع بنقض البناء، فإن الشفيع يرجع على المشتري بالثمن ولا يرجع عليه بقيمة البناء إن كان أخذ منه ولا على البائع أيضاً إن كان أخذ منه في ظاهر الرواية، وروي عن أبي يوسف رحمه الله أنه يرجع عليه.

وجه هذه الرواية: أن الأخذ بالشفعة بمنزلة الشراء من المشتري، ولو كان اشتراه لرجع عليه كذا إذا

(١) انظر «الأم» (٧/١٠٩).

أخذه بالشفعة له الرجوع بقيمة البناء في الشراء لوجود الغرور من البائع وضمان السلامة للمشتري، لأن كل بائع مخبر للمشتري أنه يبيع ملك نفسه وشارط سلامة ما يبني فيه دلالة، فإذا لم يسلم يدفع بحكم الضمان المشروط دلالة إذ ضمان الغرور ضمان الكفالة في الحقيقة ولا غرور من المشتري في حق الشفيع، لأنه مجبور على التملك منه وحق الرجوع بضمان الغرور على المختار لا على المجبور كالجارية المأسورة إذا اشتراها رجل فأخذها المالك القديم بالثمن واستولدها ثم استحقت من يده وقضي عليه بالعقر وقيمة الولد فإنه يرجع على المشتري بالثمن الذي دفعه إليه ولا يرجع عليه بقيمة الولد ومثله إذا استولد جارية بالشراء ثم استحقت، فإن المشتري يرجع على بائعه بالثمن وبقيمة الولد لصيرورته مغروراً من جهته ولا غرور من المشتري من الحربي لكونه مجبوراً في التملك عليه بما أخذه من الحربي كذا هذا؛ والله سبحانه وتعالى أعلم.

فصل: وأما بيان من يتملك منه الشقص المشفوع فيه فالشفيع يتملك من الذي في يده إن كان في يد البائع أخذه منه ونقده الثمن والعهدة عليه؛ وإن كان في يد المشتري أخذه ودفع الثمن إليه والعهدة عليه، سواء كان المشتري عاقداً لنفسه أو لغيره بأن كان وكيلاً بالشراء وقبض الدار ثم حضر الشفيع، وهذا جواب ظاهر الرواية.

وروي عن أبي يوسف رحمه الله أنه لا يأخذها من يد الوكيل.

وجه هذه الرواية: أن الوكيل لم يشترِ لنفسه وإنما اشترى لموكله فلم يكن هو خصماً بل الخصم الموكل فلا يأخذ منه ولكن يقال له سلم الدار إلى الموكل، فإذا سلم يأخذها الشفيع منه.

[أ/٢٣٩/م] وجه ظاهر/ الرواية: أن الشفعة من حقوق العقد وإنها راجعة إلى الوكيل، والوكيل في الحقوق أصيل بمنزلة المشتري لنفسه فكان خصم الشفيع فيأخذ الدار منه بالثمن وكانت العهدة عليه، وإن كان الوكيل سلم الدار إلى الموكل ثم حضر الشفيع فإنه يأخذ الدار من الموكل ويدفع الثمن إليه وكانت العهدة عليه ولا خصومة للشفيع مع الوكيل؛ لأنه بالتسليم إلى الموكل زالت يده عن الدار فخرج من أن يكون خصماً بمنزلة البائع إذا سلم الدار إلى المشتري أنه لا خصومة للشفيع مع البائع لما قلنا كذا هذا غير أن الدار إذا كانت في يد البائع لم يكن خصماً ما لم يحضر المشتري؛ وإذا كانت في يد الوكيل يكون خصماً وإن لم يحضر الموكل، لأن الوكيل بالتوكيل قائم مقام الموكل والبائع ليس بقائم مقام المشتري لانعدام ما يوجب ذلك.

ولو قال المشتري قبل أن يخاصمه الشفيع في الشفعة: إنما اشتريت لفلان وسلم إليه ثم حضر الشفيع فلا خصومة بينه وبين المشتري، لأنه أقر قبل أن يكون خصماً للشفيع فصح إقراره لانعدام التهمة فصار كما لو كانت الوكالة معلومة، ولو أقر بذلك بعدما خاصمه الشفيع لم تسقط الخصومة عنه لأنه متهم في هذا الإقرار لصيرورته خصماً للشفيع فلا يقبل في إبطال حقه.

ولو أقام بينةً أنه قال قبل الشراء: إنما اشترى لفلان لم تقبل بينته. لأن هذه البينة لو صدقت لم تدفع الخصومة عنه، لأنه لا يثبت بها إلا الشراء لفلان وبهذا لا تندفع عنه الخصومة.

وروي عن محمد: أنها لا تقبل لإثبات الملك للغائب وتقبل لدفع الخصومة بينه وبين الشفيع حتى يحضر المقرّ له.

فصل: وأما بيان حكم اختلاف الشفيع والمشتري فاختلافهما لا يخلو: إما أن يرجع إلى الثمن، وإما أن يرجع إلى المبيع، وإما أن يرجع إلى صفة المبيع. أما الذي يرجع إلى الثمن فلا يخلو إما أن يقع الاختلاف في جنس الثمن. وإما أن يقع في قدره. وإما يقع في صفته، وإن وقع في الجنس بأن قال المشتري: اشتريت بمائة دينار وقال/ الشفيع لا بل بألف درهم فالقول قول المشتري لأن الشفيع يدعي عليه [ب/٢٣٩/م] التملك بهذا الجنس وهو ينكر فكان القول قول المنكر مع يمينه ولأن المشتري أعرف بجنس الثمن من الشفيع لأن الشراء وجد منه لا من الشفيع فكان أعرف به من الشفيع فيرجع في معرفة الجنس إليه.

وإن وقع الاختلاف في قدر الثمن بأن قال المشتري: اشتريت بألفين وقال الشفيع: بألف فالقول قول المشتري مع يمينه، وعلى الشفيع البينة أنه اشتراه بألف لأن الشفيع يدعي التملك على المشتري بهذا القدر من الثمن والمشتري ينكر فكان القول قول المنكر.

ولو صدق البائع الشفيع بأن قال: بعت بألف ينظر في ذلك إن كان البائع ما قبض الثمن فالقول قول البائع والشفيع يأخذ بالألف سواء كان المبيع في يد البائع أو في يد المشتري إذا لم يكن نقد الثمن. لأن البائع إذا لم يكن قبض الثمن فالتملك يقع عليه بتمليكه فيرجع في مقدار ما ملك به إلى قوله. ولأن الشراء لو وقع بألف كما قاله البائع أخذ الشفيع. وإن وقع بألفين كما قاله المشتري كان قول البائع بعت بألف حط بعض الثمن عن المشتري وحط بعض الثمن يصح ويظهر في حق الشفيع على ما مر.

وإن كان البائع قبض الثمن لا يلتفت إلى تصديقه، والقول قول المشتري. لأنه إذا قبض الثمن لم يبق له حق في المبيع أصلاً وصار أجنبياً فالتحق تصديقه بالعدم وقيل إنه يراعي التقديم والتأخير في تصديق البائع، فإن بدأ بالإقرار بالبيع بأن قال بعت الدار بألف وقبضت الثمن فالشفيع يأخذها بألف وإن بدأ بالإقرار بقبض الثمن بأن قال قبضت الثمن وهو الألف لا يلتفت إلى قوله لأنه لما بدأ بالإقرار بالبيع فقال بعت بألف فقد تعلق به حق الشفعة فهو بقوله قبضت الثمن يريد إسقاط حق متعلق بقوله فلا يصدق، وإذا بدأ بالإقرار بقبض الثمن فقد صار أجنبياً فلا يقبل قوله في مقدار الثمن.

وروى الحسن عن أبي حنيفة رضي الله عنهما أن المبيع إذا كان في يد البائع فأقر بقبض الثمن وزعم أنه ألف فالقول قوله لأن المبيع إذا كان في يد/ البائع فالتملك يقع عليه فكان القول قوله في مقدار الثمن. [أ/٢٤٠/م]

ولو اختلف البائع مع المشتري والشفيع والدار في يد البائع أو المشتري لكنه لم ينقد الثمن فالقول في ذلك قول البائع، والبائع مع المشتري يتحالفان ويترادان والشفيع يأخذ الدار بما قال البائع إن شاء. أما التحالف والتراد فيما بين البائع والمشتري فلقوله عليه السلام: «إذا اخْتَلَفَ المتَبَايِعَان تَحَالَفَا وَتَرَادَّا»[1] وأما أخذ الشفيع بقول البائع إن شاء فلأنه إذا لم يقبض الثمن فالتملك يقع عليه فكان القول في مقدار الثمن في حق الشفيع.

قوله: وإن كان البائع قد قبض الثمن فلا يلتفت إلى قوله لأنه صار أجنبياً على ما بينا، هذا إذا لم يكن

(١) أخرجه أحمد (١/ ٤٦٦) والطيالسي (٣٩٩) والدارقطني (٣/ ٢٠) والبيهقي (٥/ ٣٣٣) والترمذي (١/ ٢٤٠).

لأحدهما بينة، لا للشفيع ولا للمشتري، فإن قامت لأحدهما بينة قبلت بينته، وإن أقاما جميعاً البينة فالبينة بينة الشفيع عند أبـي حنيفة ومحمد وعند أبـي يوسف البينة بينة المشتري.

وجه قوله: أن بينة المشتري تظهر زيادة فكانت أولى بالقبول، كما إذا اختلف البائع والمشتري في مقدار الثمن، فقال البائع: بعت بألفين.

وقال المشتري: بألف وأقاما جميعاً البينة فالبينة بينة البائع لما قلنا، والجامع بينهما من وجهين:

أحدهما: إن الزيادة التي تظهرها إحدى البينتين لا معارض لها فتقبل في قدر الزيادة لخلوها عن المعارض، ولا يمكن إلا بالقبول في الكل، فتقبل في الكل ضرورة.

والثاني: إن البينة المظهرة للزيادة مثبتة والأخرى نافية، والمثبت يترجح على النافي، ولأبي حنيفة رضي الله عنه طريقتان:

إحداهما: ذكرها أبو يوسف لأبـي حنيفة ولم يأخذ بها.

والثانية: ذكرها محمد وأخذ بها، أما الأولى فهي أن البينة جعلت حجة للمدعي، قال النبي عليه الصلاة والسلام: «البينة على المدَّعِي»[1]، والمدعي ههنا هو الشفيع لأنه غير مجبور على الخصومة في الشفعة بل إذا تركها ترك، والمشتري مجبور على التملك عليه بحيث لو ترك الخصومة لا يترك فكان المدعي منهما هو الشفيع فكانت البينة حجته.

[ب/٢٤٠/م] وأما الثانية: فهي أن البينة حجة من حجج الشرع فيجب العمل بها ما أمكن؛ وههنا/ أمكن العمل بالبينتين في حق الشفيع بأن يجعل كأنه وجد عقدان أحدها بألف والآخر بألفين، لأن البيع الثاني لا يوجب انفساخ البيع الأول في حق الشفيع، وإن كان يوجب ذلك في حق العاقدين. ألا ترى أنه لو باع بألف ثم باع بألفين ثم حضر الشفيع كان له أن يأخذ الدار بألف دل أن البيعين قائمان في حق الشفيع وأن الفسخ الأول في حقهما فأمكن تقدير عقدين، بخلاف ما إذا اختلف البائع والمشتري في مقدار الثمن وأقاما البينة أن البينة بينة البائع، أما على الطريق الأولى فلأن البائع هناك هو المدعي فكانت البينة حجته، ألا ترى أنه لا يجبر على الخصومة والمشتري مجبور عليها، وههنا بخلافه على ما بينا.

وأما على الطريق الثانية: فلأن تقدير عقدين ههنا متعذر، لأن البيع الثاني يوجب انفساخ الأول في حق العاقدين فكان العقد واحداً؛ والترجيح بجانب البائع لانفراد بينته بإظهار فضل فكانت أولى بالقبول، والله سبحانه وتعالى أعلم.

ولو اشترى داراً بعرض ولم يتقابضا حتى هلك العرض وانتقض البيع فيما بين البائع والمشتري، أو كان المشتري قبض الدار ولم يسلم العرض حتى هلك وانتقض البيع فيما بينهما وبقي للشفيع حق الشفعة بقيمة العرض على ما بينا فيما تقدم. ثم اختلف الشفيع والبائع في قيمة العرض فالقول قول البائع مع يمينه لأن الشفيع يدعي عليه التملك بهذا القدر من الثمن وهو ينكر، فإن أقام أحدهما بينة قبلت بينته، وإن أقاما جميعاً

(١) تقدم تخريجه.

البينة فالقول قول البائع عند أبي يوسف ومحمد، وهو قول أبي حنيفة على قياس العلة التي ذكرها محمد لأبي حنيفة رحمه الله في تلك المسألة، أما عند أبي حنيفة/ فظاهر لأن بينة البائع انفردت بإثبات زيادة [أ/٢٤١/م] وكذلك عند محمد على قياس ما ذكره لأبي حنيفة في تلك المسألة وأخذ به، لأن تقدير عقدين ههنا غير ممكن لأن العقد وقع على عرض بعينه، وإنما اختلفا في قيمة ما وقع عليه العقد؛ فكان العقد واحداً فلا يمكن العمل بالبينتين فيعمل بالراجح منهما وهو بينة البائع لانفرادها بإظهار الفضل، وكذلك عند أبي حنيفة على قياس ما علل له محمد.

وأما على قياس ما علل له أبو يوسف فينبغي أن تكون البينة بينة الشفيع لأنه هو المدعي، وهكذا ذكر الطحاوي رحمه الله والله سبحانه وتعالى أعلم.

ولو هدم المشتري بناء الدار حتى سقط عن الشفيع قدر قيمته من الثمن ثم اختلفا في قيمة البناء فهذا لا يخلو.

إما إن اختلفا في قيمة البناء واتفقا على قيمة الساحة، وإما إن اختلفا في قيمة البناء والساحة جميعاً فإن اختلفا في قيمة البناء لا غير فالقول قول المشتري مع يمينه لأن الشفيع يدعي على المشتري زيادة في السقوط وهو ينكر، وإن اختلفا في قيمة البناء والساحة جميعاً، فإن الساحة تقوم الساعة، والقول في قيمة البناء قول المشتري.

أما تقوم الساحة الساعة فلأنه يمكن معرفة قيمتها للحال فيستدل بالحال على الماضي، ولا يمكن تحكيم الحال في البناء، لأنه تغير عن حاله، والقول قول المشتري لما قلنا، فإن قامت لأحدهما بينة قبلت بينته، وإن أقاما جميعاً البينة قال أبو يوسف البينة بينة الشفيع على قياس قول أبي حنيفة رحمه الله. وقال محمد البينة بينة المشتري على قياس قول أبي حنيفة. وقال أبو يوسف من تلقاء نفسه البينة بينة المشتري لأنها تظهر زيادة، وإنما اختلفا في القياس على قول أبي حنيفة لاختلاف الطريقين اللذين ذكرناهما له في تلك المسألة؛ فطريق أبي يوسف أن الشفيع هو المدعي والبينة حجة المدعي، وهذا موجود ههنا، وطريق محمد رحمه الله العمل بالبينتين بتقدير عقدين وهذا التقدير منعدم هنا فيعمل بإحدى البينتين وهي بينة المشتري لانفرادها بإظهار زيادة والله سبحانه وتعالى أعلم.

وإن اختلفا في صفة الثمن بأن قال المشتري اشتريت بثمن معجل وقال الشفيع لا بل اشتريته بثمن مؤجل فالقول قول المشتري، لأن الحلول في الثمن أصل والأجل عارض فالمشتري يتمسك بالأصل فيكون القول قوله ولأن العاقد أعرف بصفة الثمن من غيره، ولأن الأجل يثبت بالشرط، فالشفيع يدعي عليه شرط التأجيل وهو ينكر فكان القول قوله.

وأما الذي يرجع إلى المبيع فهو أن يختلفا فيما وقع عليه البيع أنه وقع عليه بصفقة واحدة أم بصفقتين. نحو ما إذا اشترى داراً فقال المشتري/: اشتريت العرصة على حدة بألف والبناء بألف وقال الشفيع لا بل [ب/٢٤١/م] اشتريتهما جميعاً بألفين والدار لي ببنيانها فالقول قول الشفيع لأن إفراد كل واحد منهما بالصفقة حالة الاتصال ليس بمعتاد بل العادة بيعهما صفقة واحدة فكان الظاهر شاهداً للشفيع فكان القول قوله. ولأن سبب وجوب

الشفعة في العرصة يقتضي الوجوب في البناء تبعاً له حالة الاتصال وشرط الوجوب هو الشراء وقد أقر المشتري بالشراء إلا أنه يدعي زيادة أمر وهو تفريق الصفقة فلا يصدق إلا بتصديق الشفيع أو ببينة ولم توجد. وأيهما أقام البينة قبلت بينته. وإن أقاما جميعاً البينة ولم يؤقتا وقتاً فالبينة بينة المشتري عند أبي يوسف وعند محمد البينة بينة الشفيع.

وجه قول محمد: أن بينة الشفيع أكثر إثباتاً. لأنها تثبت زيادة استحقاق وهو استحقاق البناء فكانت أولى بالقبول. ولأن العمل بالبينتين ههنا ممكن بأن يجعل كأنه باعهما بصفقتين ثم باعهما بصفقة واحدة، فكان للشفيع أن يأخذها بأيهما شاء.

وجه قول أبي يوسف: أن بينة المشتري أكثر إثباتاً لأنها تثبت زيادة صفقة فكانت أولى بالقبول. فأبو يوسف نظر إلى زيادة الصفقة، ومحمد نظر إلى زيادة الاستحقاق، وقال أبو يوسف: إذا ادعى المشتري أنه أحدث البناء في الدار. وقال الشفيع: لا بل اشتريتها والبناء فيها إن القول قول المشتري لأنه لم يوجد من المشتري الإقرار بشراء البناء والشفيع يدعي عليه استحقاق البناء وهو ينكر. ولو اشترى دارين ولهما شفيع ملاصق فقال المشتري: اشتريت واحدة بعد واحدة وأنا شريكك في الثانية، وقال الشفيع لا بل اشتريتهما صفقة واحدة ولي الشفعة فيهما جميعاً فالقول قول الشفيع لأن سبب الاستحقاق ثابت فيهما جميعاً، وهو الجوار على سبيل الملاصقة، وقد أقر المشتري بشرط الاستحقاق وهو شراؤهما إلا أنه بدعوى تفريق يدعي البطلان بعد وجود السبب وشرطه من حيث الظاهر فلا يصدق إلا ببينة وأيهما أقام بينة قبلت بينته، وإن أقاما جميعاً البينة/ فهو على الاختلاف الذي ذكرنا بين أبي يوسف ومحمد رحمهما الله. [١/٢٤٢م]

ولو قال المشتري: وهب لي هذا البيت مع طريقه من هذه الدار ثم اشتريت بقيتها، وقال الشفيع لا بل اشتريت الكل فللشفيع الشفعة فيما أقر أنه اشترى ولا شفعة له فيما ادعى من الهبة لأنه وجد سبب الاستحقاق وهو الجوار ووجد شرطه وهو الشراء بإقراره فهو بدعوى الهبة يريد بطلان حق الشفيع فلا يصدق وللشفيع الشفعة فيما أقر بشرائه ولا شفعة له في الموهوب لأنه لم يوجد من المشتري الإقرار بشرط الاستحقاق على الموهوب، وأيهما أقام البينة قبلت بينته، وإن أقاما جميعاً البينة فالبينة بينة المشتري عند أبي يوسف رحمه الله لأنها تثبت زيادة الهبة وينبغي أن تكون البينة بينة الشفيع عند محمد رحمه الله لأنها تثبت زيادة الاستحقاق.

وروي عن محمد: فيمن اشترى داراً وطلب الشفيع الشفعة، فقال المشتري اشتريت نصفاً ثم نصفاً فلك النصف الأول، وقال الشفيع لا بل اشتريت الكل صفقة واحدة ولي الكل فالقول قول الشفيع لأن سبب ثبوت الحق في الكل كان موجوداً وقد أقر بشرط الثبوت وهو الشراء، ولكنه يدعي أمراً زائداً وهو تفريق الصفقة فلا يقبل ذلك منه إلا ببينة، فإن قال المشتري: اشتريت ربعاً ثم ثلاثة أرباع فلك الربع، فقال الشفيع: لا بل اشتريت ثلاثة أرباع ثم ربعاً فالقول قول الشفيع، لأن السبب كان موجوداً وقد أقر المشتري بشراء ثلاثة أرباع، إلا أنه يدعي أمراً زائداً وهو سبق الشراء في الربع فلا يثبت إلا ببينة، فإن قال المشتري اشتريت صفقة واحدة وقال الشفيع اشتريت نصفاً ثم نصفاً فأنا آخذ النصف فالقول قول المشتري يأخذ الشفيع الكل أو يدع لأن الشفيع يريد تفريق الصفة وفيه ضرر الشركة فلا يقبل قوله إلا ببينة والله سبحانه وتعالى أعلم.

وأما الذي يرجع إلى صفة البيع فهو أن يختلفا في البتات والخيار أو في الصحة والفساد بأن اشترى داراً بألف درهم وتقابضا، فأراد الشفيع أخذها بالشفعة فقال البائع والمشتري البيع كان بخيار البائع ولم يمض فلا شفعة لك وأنكر الشفيع الخيار فالقول قول البائع والمشتري/ وعلى الشفيع البينة إن كان البيع باتاً عند [ب/٢٤٢/م] أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، وهو إحدى الروايتين عن أبي يوسف رحمه الله. وروي عن أبي يوسف رواية أخرى أن القول قول الشفيع.

وجه هذه الرواية: أن الظاهر شاهد للشفيع لأن البتات أصل في البيع والخيار فيه عارض فكان القول قول من يتمسك بالأصل.

وجه ظاهر الرواية: أن الشفيع يدعي ثبوت حق الشفعة وهما ينكران ذلك بقولهما كان فيه خيار لأن حق الشفعة لا يجب في بيع فيه خيار فكان القول قول المنكر. ولأن البيع يقوم بالعاقدين فكانا أعرف بصفقته من الشفيع. والرجوع في كل باب إلى من هو أعرف به؛ ولهذا لو تصادقا على أن الثمن كان دنانير والشفيع يدعي أنه كان دراهم كان القول قولهما. كذا هذا.

ولو كان البائع غائباً والدار في يد المشتري فأراد الشفيع أن يأخذ منه فقال المشتري كان للبائع فيه خيار وكذبه الشفيع فالقول قول المشتري أيضاً لما ذكرنا من المعنيين.

وإن اختلف العاقدان فيما بينهما فادعى البائع الخيار وقال المشتري لم يكن فيه خيار كان القول قول المشتري ويأخذ الشفيع الدار في الرواية المشهورة. وروي عن أبي يوسف أن القول قول البائع.

وجه هذه الرواية: أن البائع بدعوى الخيار منكر للبيع حقيقة لأن البيع بشرط الخيار غير منعقد في حق الحكم وخيار البائع يمنع زوال المبيع عن ملكه والمشتري والشفيع يدعيان الزوال عن ملكه فكان القول قول البائع، كما لو وقع الاختلاف بينهم في أصل العقد.

وجه ظاهر الرواية: أن الخيار لا يثبت إلا باشتراطهما فالبائع بدعوى الخيار يدعي الاشتراط على المشتري وهو ينكر فكان القول قوله، كما لو ادعى المشتري الشراء بثمن مؤجل وادعى البائع التعجيل فالقول قول البائع لما أن التأجيل لا يثبت إلا بشرط يوجد من البائع وهو منكر للشرط فكان القول قوله، كذا هذا بخلاف ما لو أنكر البائع البيع والمشتري يدعيه أن القول قول البائع لأنه أنكر زوال ملكه ولم يدع على المشتري فعلاً فكان القول قوله.

ولو أراد/ الشفيع أن يأخذ الدار المشتراة بالشفعة فقال البائع والمشتري كان البيع فاسداً فلا شفعة لك [أ/٢٤٣/م] وقال الشفيع: كان جائزاً ولي الشفعة فهو على اختلافهم في شرط الخيار للبائع في قول أبي حنيفة ومحمد وإحدى الروايتين عن أبي يوسف القول قول العاقدين ولا شفعة للشفيع.

وفي رواية عن أبي يوسف: القول قول الشفيع وله الشفعة، فأبو يوسف يعتبر الاختلاف بينهم في الصحة والفساد باختلاف المتعاقدين فيما بينهما. ولو اختلفا فيما بينهما في الصحة والفساد كان القول قول من يدعي الصحة، كذا هذا والجامع أن الصحة أصل في العقد والفساد عارض وهما يعتبران اختلافهم في هذا

باختلافهم في البتات والخيار للبائع، والجامع: أن الشفيع بدعوى البتات والصحة يدعي عليهما حق التمليك وهما بدعوى الخيار والفساد ينكران ذلك فكان القول قولهما، وكذا هما أعرف بصفة العقد الواقع منهما لقيامه بهما فكان القول في ذلك قولهما. والله سبحانه وتعالى أعلم.

فصل: وأما بيان الحيلة في إسقاط الشفعة فقد ذكروا لإسقاط الشفعة حيلاً بعضها يعم الشفعاء كلهم، وبعضها يخص البعض دون البعض. أما الذي يعم كل الشفعاء فنحو أن يشتري الدار بأكثر من قيمتها بأن كانت قيمتها ألفاً فيشتريها بألفين وينقد من الثمن ألفاً إلا عشرة ثم يبيع المشتري من البائع عرضاً قيمته عشرة بألف درهم وعشرة فتحصل الدار للمشتري بألف لا يأخذها الشفيع إلا بألفين وهذه الحيلة ليست بمسقطة للشفعة شرعاً لكنها مانعة من الأخذ بالشفعة عادة، ألا ترى أن للشفيع أن يأخذها بألفين ويلتزم الضرر.

وأما الذي يخص بعض الشفعاء دون بعض فأنواع؛ منها أن يبيع داراً إلا ذراعاً منها في طول الحد الذي يلي دار الشفيع، فالشفيع لا يستحق الشفعة، أما في قدر الذراع فلانعدام الشرط وهو البيع؛ وأما فيما وراء ذلك فلانعدام السبب وهو الجوار.

ومنها: أن يهب البائع الحائط الذي بينه وبين الجار مع أصله للمشتري مقسوماً ويسلمه إليه أو يهب له من الأرض قدر ذراع من الجانب الذي يلي/ [ب/٢٤٣/م] دار الشفيع ويسلمه إليه ثم يبيع منه البقية بالثمن فلا شفعة للجار لا في الموهوب ولا في المبيع أما في الموهوب فلانعدام شرط وجوب الشفعة وهو البيع؛ وأما في المبيع فلانعدام سبب الوجوب وهو الجوار.

ومنها: أن يبيع الدار نصفين فيبيع الحائط بأصله أولاً بثمن كثير ثم يبيع بقية الدار بثمن قليل فلا شفعة للشفيع شرعاً فيما وراء الحائط لانعدام السبب وهو الجوار ولا يأخذ الحائط عادة لكثرة الثمن.

ومنها: أن يبيع الدار والأرض في صفقتين فيبيع من الدار بناها ومن الأرض أشجارها أولاً بثمن قليل ثم يبيع الأرض بثمن كثير فلا شفعة للشفيع في البناء والشجر شرعاً لانفرادهما بالصفقة؛ ولا يأخذ الأرض بذلك الثمن عادة ليضمن تكثير الثمن.

ومنها: أن يبيع الدار نصفين، فيبيع عشراً منها بثمن كثير ثم يبيع البقية بثمن قليل فلا يأخذ الشفيع العشر بثمنه عادة لما فيه من الضرر، ولا شفعة له في تسعة أعشارها شرعاً؛ لأنه حين اشترى البقية كان شريك البائع بالعشر والشريك في البقعة مقدم على الجار والخليط، وهذا النوع من الحيلة لا يصلح للشريك، لأن الشفيع إذا كان شريكاً له أن يأخذ نصف البقعة بقليل الثمن أيضاً، ولو كانت الدار لصغير فلا تباع بقية الدار بقليل الثمن لأنه لا يجوز إذ هو بيع مال الصغير بأقل من قيمته مقدار ما يتغابن الناس في مثله عادة، والولي لا يملك ذلك فالسبيل فيه أن تباع بقية الدار بثمن مثله.

ومنها: ما ذكره الخصاف رحمه الله أن يقر البائع بسهم من الدار للمشتري ثم يبيع بقية الدار منه فلا يستحق الشفيع الشفعة، أما في القدر المقر به فلانعدام شرط الاستحقاق وهو البيع، وأما فيما وراء ذلك فلأن المشتري صار شريك البائع في ذلك السهم والشريك في البقعة مقدم على الجار والخليط.

ومن مشايخنا من كان يفتي بوجوب الشفعة في هذه الصورة ويخطىء الخصاف لأن الشركة في السهم

المقر به لم تثبت إلا بإقراره فلا يظهر في حق الشفيع على ما بينا فيما تقدم والله عز وجل أعلم.

فصل: وأما الكلام في كراهة/ الحيلة للإسقاط وعدمها، فالحيلة: إما إن كانت بعد وجوب الشفعة، [أ/ ٢٤٤م] وإما إن كانت قبل الوجوب، فإن كانت بعد الوجوب، قيل إنها مكروهة بلا خلاف، وذلك بأن يقول المشتري للشفيع صالحتك على كذا كذا درهماً على أن تسلم لي شفعتك فيقبل فتبطل شفعته ولا يستحق بدل الصلح أو يقول له اشتر الدار مني بكذا فيقول اشتريت فتبطل شفعته ونحو ذلك، وإن كانت قبل الوجوب، فقد اختلف فيه: قال أبو يوسف رحمه الله لا تكره، وقال محمد رحمه الله: تكره.

وجه قول محمد: أن شرع الحيلة يؤدي إلى سد باب الشفعة وفيه إبطال هذا الحق أصلاً ورأساً.

وجه قول أبي يوسف: أن الحيلة قبل الوجوب منع من الوجوب بمباشرة سبب الامتناع شرعاً وهذا جائز كالشراء والهبة وسائر التمليكات فإن المشتري يمنع حدوث الملك للبائع في المبيع بمباشرة سبب الامتناع شرعاً وهو الشراء، وكذا الهبة والصدقة وسائر التمليكات.

وقد خرج الجواب عن قول محمد رحمه الله أن هذا إبطال لحق الشفعة لأن إبطال الشيء بعد ثبوته ضرر والحق ههنا لم يثبت بعد ذلك فلا تكون الحيلة إبطالاً له بل هو منع من الثبوت بمباشرة سبب الامتناع شرعاً وأنه جائز، فما ذكره أبو يوسف رحمه الله هو الحكم المر، وما ذكره محمد رحمه الله احتياطاً والأصل في شرع الحيلة قوله سبحانه وتعالى في قصة سيدنا أيوب عليه الصلاة والسلام: ﴿وَخُذْ بِيَدِكَ ضِغْثًا فَاضْرِبْ بِهِ وَلَا تَحْنَثْ﴾[1] والله سبحانه وتعالى أعلم.

---

(١) سورة ص، الآية: (٤٤).

كتاب الذبائح والصيود

نحتاج في هذا الكتاب إلى بيان المأكول وغير المأكول من الحيوانات وإلى بيان المكروه منها وإلى بيان شرائط حل الأكل في المأكول وإلى بيان ما يحرم أكله من أجزاء الحيوان المأكول.

أما الأول: فالحيوان في الأصل نوعان: نوع يعيش في البحر، ونوع يعيش في البر، أما الذي يعيش في البحر فجميع ما في البحر من الحيوان محرم الأكل إلا السمك خاصة فإنه يحل أكله إلا ما طفا منه، وهذا قول أصحابنا رضي الله تعالى عنهم، وقال بعض الفقهاء وابن أبي ليلى رحمهم الله: إنه يحل أكل ما سوى السمك من الضفدع والسرطان وحية الماء وكلبه وخنزيره ونحو ذلك لكن بالذكاة وهو قول الليث بن سعد رحمه الله إلا في إنسان الماء وخنزيره أنه لا يحل.

وقال الشافعي رحمه الله: يحل جميع ذلك من غير ذكاة وأخذه ذكاته ويحل أكل السمك الطافي.

أما الكلام في المسألة الأولى فهم احتجوا بظاهر قوله تبارك وتعالى: ﴿**أُحِلَّ لكم صيد البحر**﴾[1] واسم الصيد يقع على ما سوى السمك من حيوان البحر فيقتضي أن يكون الكل حلالاً، وبقول النبي عليه الصلاة والسلام: حين سئل عن البحر فقال: «**هو الطهور ماؤه والحل ميتته**» وصف ميتة البحر بالحل من غير فصل بين السمك وغيره.

ولنا: قوله تبارك وتعالى: ﴿**حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير**﴾[2] من غير فصل بين البري والبحري، وقوله عز شأنه: ﴿**ويحرم عليهم الخبائث**﴾[3] والضفدع والسرطان والحية ونحوها من الخبائث.

وروي عن رسول الله ﷺ سئل عَنْ ضفدعٍ يُجعلُ شَحمُه في الدواء «**فنهى عليه الصلاة والسلام عَنْ قَتلِ الضَّفادِعِ**»[3] وذلك نهي عن أكله، وروي أنه لما سئل عنه فقال عليه الصلاة والسلام: «**خبيثة مِنَ الخَبائِثِ**»[5] ولا حجة لهم في الآية، لأن المراد من الصيد المذكور هو فعل الصيد وهو الاصطياد لأنه هو الصيد حقيقة لا المصيد لأنه مفعول فعل الصيد وإطلاق اسم الفعل يكون مجازاً ولا يجوز العدول عن حقيقة اللفظ من غير

---

(١) سورة المائدة، الآية: (٩٦).

(٢) سورة المائدة، الآية: (٣). (٣) سورة الأعراف، الآية: (١٥٧).

(٤) أخرجه أحمد في «المسند» (٣/ ٤٥٣، ٤٤٩) والدارمي في «السنن» كتاب الأضاحي باب النهي عن قتل الضفادع والنحلة رقم (١٩٩٨).

وأبو داود في «السنن» كتاب الطب باب في الأدوية المكروهة (٣٨٧١) وفي الأدب باب قتل الضفدع (٥٢٢٩) والنسائي في «السنن» كتاب الصيد باب الضفدع (٧/ ٢١٠).

(٥) أخرجه أحمد (٢/ ٣٨١) وأبو داود (٣٧٩٩) كتاب الأطعمة.

دليل، ولأن الصيد اسم لما يتوحش ويمتنع ولا يمكن أخذه إلا بحيلة إما لطيرانه أو لعدوه، وهذا إنما يكون حالة الاصطياد لا بعد الأخذ، لأنه صار لحماً بعده ولم يبق صيداً حقيقة لانعدام معنى الصيد وهو التوحش والامتناع.

والدليل عليه أنه عطف عليه قوله عز شأنه: ﴿وحُرِّمَ عليكُم صَيْدُ البَرِّ مَا دُمْتُمْ حُرُماً﴾[1]/ والمراد منه [١/٣٧٦/ج] الاصطياد من المحرم لا أكل الصيد، لأن ذلك مباح للمحرم إذا لم يصطده بنفسه ولا غيره بأمره فثبت أنه لا دليل في الآية على إباحة الأكل بل خرجت للفصل بين الاصطياد في البحر وبين الاصطياد في البر للمحرم، والمراد من قول النبي عليه الصلاة والسلام «والحل ميتته» السمك خاصة بدليل قوله ﷺ: «**أحلّتْ لَنا ميتتانِ ودَمَانِ الميتتانِ السمك والجرادُ والدَّمان الكبِد والطِّحال**» فسر عليه الصلاة والسلام بالسمك والجراد؛ فدل أن المراد منها السمك، ويحمل الحديث على السمك وتخصيصه بما تلونا من الآية، وروينا من الخبر.

وأما المسألة الثانية وهي مسألة الطافي فالشافعي رحمه الله احتج بقوله تعالى: ﴿وطَعَامُه مَتاعاً لَكُمْ﴾[2] معطوفاً على قوله: ﴿أُحلّ لَكُم صيدُ البَحرِ﴾[3] أي أحل لكم طعامه، وهذا يتناول ما صيد منه وما لم يصد والطافي لم يصد فيتناوله بقوله عليه الصلاة والسلام في صفة البحر «**هو الطهور ماؤه والحل ميتته**» وأحق ما يتناوله اسم الميتة الطافي لأنه الميت حقيقة، وبقوله عليه الصلاة والسلام: «**أُحلّت لَنا ميتتانِ ودَمَانِ الميتتانِ السَّمكُ والجراد**»، فسر النبي عليه الصلاة والسلام الميتة بالسمك من غير فصل بين الطافي وغيره.

ولنا: ما روي عن جابر بن عبد الله الأنصاري رضي الله عنه عن رسول الله ﷺ: «**أَنَّهُ نَهى عَنْ أَكلِ الطَّافِي**»[4].

وعن سيدنا علي رضي الله عنه أنه قال: «**لا تَبيعُوا في أَسواقِنَا الطَّافِي**»[5].

وعن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال: ما دسره البحر فكله وما وجدته يطفو على الماء فلا تأكله.

وأما الآية فلا حجة له فيها، لأن المراد من قوله تعالى: ﴿وطَعَامه﴾ ما قذفه البحر إلى الشط فمات كذا قال أهل التأويل وذلك حلالٌ عندنا لأنه ليس بطاف إنما الطافي اسم لما مات في الماء من غير آفة وسبب حادث، وهذا مات بسبب حادث وهو قذف البحر فلا يكون طافياً، والمراد من الحديثين غير الطافي لما ذكرنا ثم السمك الطافي الذي لا يحل أكله عندنا هو الذي يموت في الماء حتف أنفه بغير سبب حادث منه سواء علا على وجه الماء أو لم يعل بعد أن مات في الماء حتف أنفه من غير سبب حادث.

---

(١) سورة المائدة، الآية: (٩٦).

(٢) سورة المائدة، الآية: (٩٦).

(٣) سورة المائدة، الآية: (٩٦).

(٤) أخرجه أبو داود كتاب الأطعمة باب في أكل الطاهي من السمك (٣٨١٥) وابن ماجه كتاب الصيد باب الطافي من صيد البحار (٣٢٢٧).

(٥) أخرج عبد الرزاق في «المصنف» عن جابر قال: ما وجدتموه طافياً فلا تأكلوه وما كان في حافتيه فكلوه» (٨٦٦٢).

وقال بعض مشايخنا: هو الذي يموت في الماء بسبب حادث ويعلو على وجه الماء، فإن لم يعلو يحل.

والصحيح: هو الحد الأول وتسميته طافياً لعلوه على وجه الماء عادة.

وروى هشام عن محمد رحمهما الله في السمك إذا كان بعضها في الماء وبعضها على الأرض إن كان رأسها على الأرض أكلت، وإن كان رأسها أو أكثره في الماء لم تؤكل، لأن رأسها موضع نفسها، فإذا كان خارجاً من الماء فالظاهر أنه مات بسبب حادث، وإذا كان في الماء أو أكثره فالظاهر أنه مات في الماء بغير سبب، وقالوا: في سمكة ابتلعت سمكة أخرى أنها تؤكل لأنها ماتت بسبب حادث ولو مات من الحر والبرد وكدر الماء ففيه روايتان: في رواية لا يؤكل، لأن الحرّ والبرد وكدر الماء ليس من أسباب الموت ظاهراً فلم يوجد الموت بسبب حادث يوجب الموت ظاهراً وغالباً فلا يؤكل، وفي رواية يؤكل لأن هذه أسباب الموت في الجملة فقد وجد الموت بسبب حادث فلم يكن طافياً فيؤكل ويستوي في حل الأكل جميع أنواع السمك من الجريث، والمار ما هي وغيرهما لأن ما ذكرنا من الدلائل في إباحة السمك لا يفصل بين سمك وسمك إلا ما خص بدليل.

وقد روي عن سيدنا علي وابن عباس رضي الله عنهما إباحة الجريث والسمك الذكر ولم ينقل عن غيرهما خلاف ذلك فيكون إجماعاً.

وأما الذي يعيش في البر فأنواع ثلاثة ما ليس له دم أصلاً وما ليس له دم سائل وماله دم سائل مثل الجراد والزنبور والذباب والعنكبوت والعضابة والخنفساء والبغاثة والعقرب ونحوها لا يحل أكله إلا الجراد خاصة لأنها من الخبائث لاستبعاد الطباع السليمة إياها، وقد قال الله تبارك وتعالى: ﴿وَيُحَرِّمُ عَلَيْهِمُ الْخَبَائِثَ﴾[1] إلا أن الجراد خص من هذه الجملة بقوله عليه الصلاة والسلام: «**أُحِلَّتْ لَنَا ميتتان**»[2] فبقي على ظاهر العموم.

وكذلك ما ليس له دم سائل مثل الحية والوزغ وسام أبرص وجميع الحشرات وهوام الأرض من الفار والقراد والقنافذ والضب واليربوع وابن عرس ونحوها. ولا خلاف في حرمة هذه الأشياء إلا في الضب فإنه حلال عند الشافعي.

واحتج بما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال: «**أكلتُ عَلى مائِدَة رسولِ اللَّهِ ﷺ لَحمَ ضَبٍّ**»[3].

---

(١) سورة الأعراف، الآية: (١٥٧).

(٢) تقدم.

(٣) أخرجه أحمد في «المسند» (١/ ٢٥٤، ٣٤٠، ٣٤٧) والبخاري في «الصحيح» كتاب الأطعمة باب ما كان النبي يأكل حتى يسمى له. رقم (٥٥٣٧).

ومسلم في «الصحيح» كتاب الصيد (١٣/ ١٠٠) رقم (٥٠٠٩).

وأبو داود في «السنن» كتاب الأطعمة باب أكل الضب (٣٧٩٣). والنسائي في «السنن» كتاب الصيد والذبائح باب الضب رقم (٤٣٢٧).

وعن ابن سيدنا عمر رضي الله تعالى عنهما/ عن النبي ﷺ أنه قال: «**إنه لَمْ يكن بأرضٍ قومي فأجدُ نَفْسي تَعَافُهُ فلا آكلهُ ولا أُحَرِّمه**»[1] وهذا نص على عدم الحرمة الشرعية وإشارة إلى الكراهة الطبيعية. [ب/٣٧٦/ج]

ولنا: قوله تبارك وتعالى: ﴿**ويحرِّمُ عَلَيهِمُ الخَبَائِثَ**﴾[2] وروي عن سيدتنا عائشة رضي الله عنها أن النبي عليه الصلاة والسلام أهدي إليه لحم ضب فامتنع أن يأكله، فجاءت سائلة فأرادت سيدتنا عائشة رضي الله عنها أن تطعمها إياه، فقال لها رسول الله ﷺ: «**أتطعمين ما لا تأكلين**»[3] ولا يحتمل أن يكون امتناعه لما أن نفسه الشريفة عافته لأنه لو كان كذلك لما منع من التصدق به كشاة الأنصار أنه لما امتنع من أكلها أمر بالتصدق بها، ولأن الضب من جملة المسوخ والمسوخ محرمة كالدب والقرد والفيل فيما قيل.

والدليل عليه ما روي أن رسول الله ﷺ سئل عن الضب: فقال عليه الصلاة والسلام: «**إنَّ أمّةً مُسخت في الأرض وإني أخاف أن يكون هذا منها**»[4] وهكذا روي عن بعض أصحاب رسول الله ﷺ أنه قال كنا في بعض المغازي فأصابتنا مجاعة فنزلنا في أرض كثيرة الضباب فنصبنا القدور وكانت القدور تغلي إذ جاء النبي عليه الصلاة والسلام فقال ما هذا قلنا الضب يا رسول الله؛ فقال عليه الصلاة والسلام: «**إن أمةً مُسخَتْ نأخاف أن يكون هذا منها**» فأمر بإلقاء القدور.

وما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما، وما روينا فهو خاطر والعمل بالخاطر أولى وما له دم سائل نوعان: مستأنس ومستوحش.

أما المستأنس من البهائم فنحو الإبل والبقر والغنم بالإجماع، وبقوله تبارك وتعالى: ﴿**والأنعامَ خلقها لكم فيها دفء ومنافع ومِنْها تأكلونَ**﴾[5].

وقوله سبحانه وتعالى: ﴿**اللَّهُ الذي جعلَ لَكُمُ الأنعامَ لتركبوا مِنْها وَمِنْها تَأكلونَ**﴾[6] واسم الأنعام يقع على هذه الحيوانات بلا خلاف بين أهل اللغة، ولا تحل البغال والحمير عند عامة العلماء رحمهم الله تعالى.

وحكي عن بشر المريسي رحمه الله أنه قال: لا بأس بأكل الحمار، واحتج بظاهر قوله عز وجل: ﴿**قُل لا أجد فيما أوحيّ إليّ محرماً على طاعمٍ يطعمه إلا أن يكون ميتة أو دماً مسفوحاً أو لحم خنزير**﴾[7] ولم يذكر الحمير الإنسية.

وروي أن رجلاً جاء إلى النبي ﷺ وقال:إنه فني مالي ولم يبق لي إلا الحمر الأهلية، فقال عليه الصلاة

(١) أخرجه أحمد في «المسند» (٢/ ٦٠).
(٢) سورة الأعراف، الآية: (١٥٧).
(٣) أخرجه أحمد (٦/ ١٠٥ و ١٢٣ و ١٤٣) والبيهقي (٩/ ٣٢٥) في الضحايا.
(٤) أخرجه أحمد في «المسند» (٤/ ١٩٦) وأبو يعلى في «المسند» (٩٣١) والطحاوي في «معاني الآثار» (٤/ ١٩٧). وابن حبان في «صحيحه» كتاب الأطعمة باب ما يجوز أكله وما لا يجوز (٥٢٦٦).
(٥) سورة النحل، الآية: (٥).
(٦) سورة غافر، الآية: (٧٩).
(٧) سورة الأنعام، الآية: (١٤٥).

والسلام: «كُلْ مِنْ سَمين مالك فإني إنما كنتُ نهيتُكم عَنْ جلاّل القَرْية»[(١)] وروي عن «جوّالّ القرى» بتشديد اللام وروي «فإنما قذرت لكم جالة القرية».

ولنا: قوله تبارك وتعالى: ﴿والخيلَ والبِغَال والحميرَ لِتَركَبُوها وَزِينَة﴾[(٢)] وسنذكر وجه الاستدلال بالآية إن شاء الله تعالى.

وروى أبو حنيفة عن نافع عن ابن سيدنا عمر رضي الله عنهما أنه قال: «نَهى رسول الله ﷺ في غزوة خيبر عن لحوم الحمر الأهلية وعن متعةِ النِّساء»[(٣)].

وروي أن سيدنا علياً رضي الله عنه قال لابن عباس رضي الله عنهما وهو يفتي الناس في المتعة «إن رسول الله ﷺ نهى عن متعة النساء وعن لحوم الحمر الأهلية يوم خيبر» فرجع ابن عباس رضي الله عنهما عن ذلك، وروي أنه قيل للنبي عليه الصلاة والسلام يوم خيبر أكلت الحمر فأمر أبا طلحة رضي الله عنه ينادي: «أن رسول الله ﷺ يَنهاكم عَنْ لحومِ الحمرِ فإنها رِجْزٌ»، وروي «فإنها رجس» وهذه أخبار مستفيضة عرفها الخاص والعام وقبلوها وعملوا بها وظهر العمل بها.

وأما الآية فقد اختص منها أشياء غير مذكورة فيها فيختص المتنازع فيه بما ذكرنا من الدلائل مع ما أن ما روينا من الأخبار مشهورة، ويجوز نسخ الكتاب بالخبر المشهور، وعلى أن في الآية الشريفة أنه لا يحل سوى المذكور فيها وقت نزولها، لأن الأصل في الفعل هو الحال فيحتمل أنه لم يكن وقت نزول الآية تحريم سوى المذكور فيها ثم حرم ما حرم بعد. على أنا نقول بموجب الآية لا محرم سوى المذكور فيها ونحن لا نطلق اسم المحرم على لحوم الحمر الأهلية إذ المحرم المطلق ما تثبت حرمته بدليل مقطوع به، فأما ما كانت حرمته محل الاجتهاد فلا يسمى محرماً على الإطلاق بل نسميه مكروهاً فنقول بوجوب الامتناع عن أكلها عملاً مع التوقف في اعتقاد الحل والحرمة.

وأما الحديث فيحتمل أن يكون المراد من قوله عليه الصلاة والسلام: «كُلْ مِنْ سَمينِ مَالِكَ»[(٤)]، أي من أثمانها كما يقال فلان أكل عقاره، أي ثمن عقاره ويحتمل أن يكون ذلك إطلاقاً للانتفاع بظهورها بالإكراء كما يحمل على شيء مما ذكرنا عملاً بالدلائل كلها، ويحتمل أنه كان قبل التحريم فانفسخ بما ذكرنا، /وإن جهل التاريخ فالعمل بالخاطر أولى احتياطاً. [أ/٣٧٧/ج]

فإن قيل: ما رويتم يحتمل أيضاً أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن أكل الحمر يوم خيبر لأنها كانت غنيمة من الخمس أو لقلة الظهر أو لأنها كانت جلالة فوقع التعارض، والجواب: أن شيئاً من ذلك لا يصلح محملاً.

---

(١) أخرجه أبو داود في «سننه» عن غالب بن أبحر قال: أصابتنا سنة ـ أي قحط ـ ولم يكن في مالي شيء أطعم أهلي إلا شيء من حمر، وقد كان رسول الله ﷺ حرم لحوم الحمر الأهلية فذكرت ذلك لرسول الله ﷺ فقال: «أطعم أهلك من سمين حُمُرك، فإنما حرمتها، من أجل جوال القرية».

(٢) سورة النحل، الآية: (٨).

(٣) وأخرجه البخاري في «صحيحه» برقم (٤٢١٩) من حديث أنس رضي الله عنه.

(٤) تقدم تخريجه.

أما الأول: فلأن ما يحتاج إليه الجند لا يخرج منه الخمس كالطعام والعلف.

وأما الثاني: فلأن المروي أن رسول الله ﷺ أمر بإكفاء القدور يوم خيبر، ومعلوم أن ذلك مما لا ينتفع به في الظهر.

وأما الثالث: فلأنه عليه الصلاة والسلام خص النهي بالحمر الأهلية، وهذا المعنى لا يختص بالحمر بل يوجد في غيرها.

وأما لحم الخيل فقد قال أبو حنيفة رضي الله عنه: يكره، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: لا يكره، وبه أخذ الشافعي رحمه الله، واحتجا بما روي عن أنس بن مالك رضي الله عنه أنه قال: **«أكلنا لحم فرس على عهد رسول الله ﷺ»**.

وروي عن جابر رضي الله عنه أنه قال: **«نهى رسول الله ﷺ عن لحوم الحمر الأهلية وأذِنَ في الخيل»**[١].

وروي أنه قال: **«أطعمنا رسول الله ﷺ لحوم الخيل ونهانا عن لحوم الحمر»**[٢].

وروي عنه أنه قال: **«كنا قد جعلنا في قدورنا لحم الخيل ولحم الحمار فنهانا النبـي عليه الصلاة والسلام أن نأكل لحم الحمار وأمرنا أن نأكل لحم الخيل»**.

وعن سيدتنا أسماء بنت سيدنا أبـي بكر الصديق رضي الله عنهما أنها قالت: **«نحرنا فرساً على عهد رسول الله ﷺ فأكلناه»**، ولأبـي حنيفة رضي الله عنه الكتاب والسنة ودلالة الإجماع، أما الكتاب العزيز فقوله جل شأنه: **﴿والخيلَ والبِغَالَ والحميرَ لِتَركَبُوهَا وَزِينَةً﴾**.

ووجه الاستدلال به: ما حكي عن ابن عباس رضي الله عنهما فإنه روي أنه سئل عن لحم الخيل فقرأ بهذه الآية الشريفة وقال: ولم يقل تبارك وتعالى لتأكلوها فيكره أكلها وتمام هذا الاستدلال أن الله تبارك وتعالى ذكر الأنعام فيما تقدم ومنافعها وبالغ في ذلك بقوله تعالى: **﴿والأنعامَ خَلَقَها لَكُمْ فيها دفءٌ ومنافعُ ومنها تأكلون، وَلَكُم فيها جمالٌ حينَ تريحونَ وحينَ تَسرحون وتحمل أَثقالَكم إلى بلدٍ لَمْ تَكُونُوا بالغيهِ إلا بشقِّ الأَنْفُسِ إنَّ رَبَّكم لرؤوفٌ رحيم﴾**[٣].

---

(١) أخرجه أحمد في «المسند» (٣/ ٣٦١، ٣٨٥).
والدارمي في «السنن» كتاب الأضاحي باب أكل لحوم الخيل (١٩٩٣).
والبخاري في «الصحيح» كتاب المغازي باب غزوة خيبر (٤٢١٩).
ومسلم في «الصحيح» كتاب الصيد باب في أكل لحوم الخيل (١٩٤١).
وأبو داود في «السنن» كتاب الأطعمة باب في أكل لحوم الخيل (٣٧٨٨، ٣٧٨٩).
والترمذي في «السنن» كتاب الصيد باب ما جاء في كراهية كل ذي ناب ومخلب (١٤٧٨).
والنسائي في «السنن» كتاب الصيد باب الإذن فـي أكل لحوم الخيل (٧/ ٢٠٢).

(٢) أخرجه الحميدي في «مسنده» (١٢٥٤) والترمذي في «السنن» (١٧٩٤) كتاب الأطعمة باب ما جاء في أكل لحوم الخيل.
والنسائي في «السنن» (٧/ ٢٠١) كتاب الصيد باب الإذن في أكل لحوم الخيل.

(٣) سورة النحل، الآية: (٥)، (٦)، (٧).

وكذا ذكر فيما بعد هذه الآية الشريفة متصلاً بها منافع الماء المنزل من السماء والمنافع المتعلقة بالليل والنهار والشمس والقمر والنجوم والمنافع المتعلقة بالبحر على سبيل المبالغة بيان شفاء لا بيان كفاية، وذكر في هذه الآية أنه سبحانه وتعالى خلق الخيل والبغال والحمير للركوب والزينة ذكر منفعة الركوب والزينة ولم يذكر سبحانه وتعالى منفعة الأكل فدل أنه ليس فيها منفعة أخرى سوى ما ذكرناه.

ولو كان هناك منفعة أخرى سوى ما ذكرنا لم يحتمل أن لا يذكرها عند ذكر المنافع المتعلقة بها على سبيل المبالغة والاستقصاء، وقوله عز وجل: ﴿يُحلُّ لَهُمُ الطيِّبات ويُحرِّمُ عليهِمُ الخَبَائِثَ﴾[1] ولحم الخيل ليس بطيب بل هو خبيث، لأن الطباع السليمة لا تستطيبه بل تستخبثه حتى لا تجد أحداً ترك بطبعه إلا ويستخبثه وينقي طبعه عن أكله، وإنما يرغبون في ركوبه إلا يرغب طبعه فيما كان مجبولاً عليه، وبه تبين أن الشرع إنما جاء بإحلال ما هو مستطاب في الطبع لا بما هو مستخبث؛ ولهذا لم يجعل المستخبث في الطبع غذاء اليسر وإنما جعل ما هو مستطاب بلغ في الطيب غايته.

وأما السنة: فما روي عن جابر رضي الله عنه أنه قال: لما كان يوم خيبر أصاب الناس مجاعة فأخذوا الحمر الأهلية فذبحوها **«فحرم رسول الله ﷺ لحوم الحُمُر الأنسيةِ ولحوم الخيل والبِغَالِ وكل ذي نابٍ مِنَ السِّباعِ وَكلِّ ذِي مخلبٍ مِنَ الطَّيرِ، وحرَّم الخِلْسَة والنَّهبة»**[2].

وعن خالد بن الوليد رضي الله عنه أنه قال: **«نهى رسول الله ﷺ عن أكل لحوم الخيل والبغال والحمير»**[3].

وعن المقدام بن مَعْدِي كَرِب أنّ النبيَّ عليه الصلاة والسلام قال: **«حُرِّم عَليكم الحمارُ الأهليُّ وخَيْلُها»**[4] وهذا نص على التحريم، وعن رسول الله ﷺ أنه قال: **«الخيلُ لثلاثةٍ فهي لرجل سِتْرٌ ولرجل أجرٌ ولرجل وِزْرٌ»**[5] ولو صلحت للأكل لقال عليه الصلاة والسلام: الخيلُ لأربعةٍ لرجل سترٌ ولرجلٍ أجرٌ ولرجل وزرٌ ولرجلٍ طعامٌ.

---

(١) سورة الأعراف، الآية: (١٥٧).

(٢) أخرجه أحمد في «المسند» (٣/ ٣٢٣) عن جابر والترمذي في «السنن» كتاب الأطعمة باب ما جاء في كراهية أكل المصبورة (١٤٧٤) عن العرباض بن سارية.

(٣) أخرجه أحمد في «المسند» (٤/ ٨٩).
وأبو داود في «السنن» كتاب الأطعمة باب أكل لحوم الخيل رقم (٣٧٩٠).
والنسائي في «السنن» كتاب الصيد والذبائح باب تحريم أكل لحوم الخيل (٧/ ٢٠٢).
وابن ماجه في «السنن» كتاب الذبائح باب لحوم البغال (٣١٩٨).
والدارقطني في «السنن» كتاب الصيد والذبائح والأطعمة (٤/ ٢٨٧).

(٤) تقدم معناه.

(٥) أخرجه مسلم في «الصحيح» كتاب الزكاة باب إثم مانع الزكاة (٩٨٧).
والترمذي في «السنن» كتاب فضائل الجهاد باب ما جاء في فضل من ارتبط فرساً في سبيل الله (١٦٣٦) وقال: هذا حديث حسن صحيح.
والنسائي في «السنن» كتاب الخيل (٦/ ٢١٥).

وأما دلالة الإجماع فهي: أن البغل حرام بالإجماع وهو ولد الفرس، فلو كانت أمه حلالاً لكان هو حلالاً أيضاً، لأن حكم الولد حكم أمه، لأنه منها وهو كبعضها، الا ترى أن حمار وحش لو نزى على حمارة أهلية فولدت لم يؤكل ولدها، ولو نزا حمار أهلي على حمارة وحشية وولدت يؤكل ولدها ليعلم أن حكم الولد حكم أمه في الحل والحرمة دون الفحل؛ فلما كان لحم الفرس حراماً/ كان لحم البغل كذلك. [ب/٣٧٧/ج]

وما روي في بعض الروايات عن جابر وما في رواية سيدتنا أسماء رضي الله عنها يحتمل أنه كان ذلك في الحال التي كان يؤكل فيها الحمر؛ لأن النبي عليه الصلاة والسلام إنما نهى عن أكل لحوم الحمر يوم خيبر، وكانت الخيل تؤكل في ذلك الوقت ثم حرمت يدل عليه ما روي عن الزهري أنه قال: ما علمنا الخيل أكلت إلا في حصار.

وعن الحسن رضي الله عنه أنه قال: «كانَ أصحابُ رسول الله ﷺ يأكلونَ لحومَ الخيلِ في مغازيهم»، فهذا يدل على أنهم كانوا يأكلونها في حال الضرورة كما قال الزهري رحمه الله، أو يحمل على هذا عملاً بالدليل صيانة لها عن التناقض أو يترجح الحاظر على المبيح احتياطاً وهذا الذي ذكرنا حجج أبي حنيفة رضي الله عنه على رواية الحسن أنه يحرم أكل لحم الخيل.

وأما على ظاهر الرواية: عن أبي حنيفة رضي الله عنه أنه يكره أكله ولم يطلق التحريم لاختلاف الأحاديث المروية في الباب واختلاف السلف فكره أكل لحمه احتياطاً لباب الحرمة.

وأما المتوحش منها نحو الظباء وبقر الوحش وحمر الوحش وإبل الوحش فحلال بإجماع المسلمين ولقوله تبارك وتعالى: ﴿ويسئلونَكَ مَاذَا أُحلَّ لَهُم قُلْ أُحِلَّ لَكُمُ الطيباتُ﴾[١].

وقوله عز شأنه: ﴿ويحلُّ لَهُمُ الطيبات ويحرِّمُ عليهمُ الخَبائِثَ﴾[٢].

وقوله سبحانه: ﴿كُلُوا مِنَ طَيبَاتِ مَا رَزَقْنَاكُمْ﴾[٣] ولحوم هذه الأشياء من الطيبات فكان حلالاً.

وروي أنه لما سئل رسول الله ﷺ يوم خيبر عن لحوم الحمر فقال: الأهلية؟، فقيل: نعم فدل قول رسول الله ﷺ على اختلاف حكم الأهلية والوحشية، وقد ثبت أن الحكم في الأهلية الحرمة لما ذكرنا من الدلائل فكان حكم الوحشية الحل ضرورة.

وروي: «**أنَّ رجلاً من فهر جاء إلى النبي عليه الصلاة والسلام وهو «بالرَّوحاءِ» ومع الرجل حمار وحشي عقره فقال: هذه رميتي يا رسول الله وهي لك فقبله النبي عليه الصلاة والسلام وأمر سيدنا أبا بكر رضي الله عنه فقسمه بين الرفاق**»[٤] والحديث وإن ورد في حمار الوحش لكن إحلال الحمار الوحشي إحلال

(١) سورة المائدة، الآية: (٤).
(٢) سورة الأعراف، الآية: (١٥٧).
(٣) سورة طه، الآية: (٨١).
(٤) أخرجه مالك في «**الموطأ**» كتاب الحج باب ما يجوز للمحرم أكله من الصيد (١/ ٣٥٠).
وعبد الرزاق في «**المصنف**» (٨٣٣٩).
والنسائي في «**السنن**» كتاب الحج باب ما يجوز للمحرم أكله من الصيد (٥/ ١٨٣).

=

للظبي والبقر الوحشي والإبل الوحشي من طريق الأولى، لأن الحمار الوحشي
هو حلال بل هو حرام، وهذه الأشياء من جنسها من الأهلي ما هو حلال

وأما المستأنس من السباع وهو الكلب والسنور الأهلي فلا يحل، وكذلك
بسباع الوحش والطير وهو كل ذي ناب من السباع وكل ذي مخلب من الطير؛
عن رسول الله ﷺ: «أَنَّهُ نَهى عَنْ أكل كُلّ ذي نَابٍ مِنَ السِّباعِ وَكُلّ ذِي مخلبٍ مِنَ الطَّيرِ»[1].

وعن الزهري رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «كُلّ ذِي نَابٍ مِنَ السّباعِ حَرَامٌ»[2]
سباع الوحش مثل الأسد والذئب والضبع والنمر والفهد والثعلب والسنور البري والسنجاب
والدلق والدبّ والقرد والفيل ونحوها؛ فلا خلاف في هذه الجملة أنها محرمة إلا الضبع
الشافعي[3] رحمه الله.

واحتج بما روي عن عطاء عن جابر رضي الله عنهما أنه قال: «في الضَّبعِ كَبْشٌ فقلتُ لَهُ أَهُو صَيْد
نَعَم، فقلتُ: يؤكلُ، فقال: نعم، فقلت: أَسَمِعْتَهُ من رَسُولِ الله ﷺ فقال: نعم»[4].

ولنا: أن الضبع سبع ذو ناب فيدخل تحت الحديث المشهور، وما روي ليس بمشهور

= وأخرجه أحمد في «المسند» (٣/ ٤٥٢) وابن حبان في «صحيحه» كتاب الهبة (٥١١١).

(١) أخرجه أحمد في «المسند» (١/ ٢٤٤، ٣٠٢، ٣٢٧) والدارمي في «السنن» (١٩٨٢) ومسلم في «الصحيح» كتاب الصيد باب تحريم أكل كل ذي ناب من السباع (١٩٣٤) والبيهقي في «السنن الكبرى» (٩/ ٣١٥) وأبو داود في «السنن» (٣٨٠٥) كتاب الأطعمة باب النهي من أكل السباع والنسائي في «السنن» كتاب الصيد باب إباحة أكل لحم الدجاج (٧/ ٢٠٦).
وابن ماجه في «السنن» كتاب الصيد باب أكل كل ذي ناب من السباع (٣٢٣٤).

(٢) أخرجه مالك في «الموطأ» كتاب الصيد باب تحريم أكل كل ذي ناب وذي مخلب.
ومسلم في «الصحيح» كتاب الصيد باب تحريم أكل كل ذي ناب من السباع (١٩٣٣).
وابن ماجه في «السنن» كتاب الصيد باب أكل كل ذي ناب من السباع (٣٢٣٣).
والنسائي في «السنن» كتاب الصيد باب تحريم أكل السباع (٧/ ٢٠٠).
والترمذي في «السنن» كتاب الصيد باب ما جاء في كراهية كل ذي ناب وذي مخلب (١٤٧٩). وقال: حديث حسن.

(٣) انظر «الأم» (٢/ ٢٤٩) للشافعي.

(٤) أخرجه عبد الرزاق في «المصنف» (٨٦٩٣) والبيهقي في «السنن الكبرى» (٩/ ٣٢١) عن عمر رضي الله عنه.
أخرجه أحمد في «المسند» (٣/ ٣١٨، ٣٢٢) والشافعي في «مسنده» (١/ ٣٣٠) والترمذي في «السنن» كتاب الحج باب ما جاء في الضبع يصيبها المحرم (٨٥١).
وكتاب الأطعمة باب ما جاء في أكل الضبع (١٧٩١) وابن ماجه في «السنن» كتاب الصيد باب الضبع (٣٢٣٦).
والدارقطني في «السنن» (٢/ ٢٤٦).
وابن الجارود في «المنتقى» (٤٣٨).
والدارمي في «السنن» (٢/ ٧٤).
وابن حبان في «صحيحه» كتاب الحج باب ما يباح للمحرم وما لا يباح (٣٩٦٥).
وعبد الرزاق في «المصنف» (٨٦٨٢) وبمعناه (٨٦٨١).
ولكن ليس فيها ذكر الكبش ولكن فيها أنه حلال. وروي تشبيه الضبع بالكبش عن أبي هريرة في «السنن الكبرى» للبيهقي (٩/ ٣١٥).

بالمشهور أولى على أن ما روينا محرم؛ وما رواه محلِّل والمحرِّم يقضي على المبيح احتياطاً ولا بأس بأكل الأرنب لما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال: كنا عند رسول الله ﷺ فأهدى له أعرابي أرنبة مشوية، فقال لأصحابه: «**كلوا**».

وعن محمد بن صفوان أو صفوان بن محمد أنه قال: أصبتُ أرنبين فذبحتهما بمروةَ وسَأَلْتُ عن ذلك رَسُولَ اللَّهِ ﷺ: «**فأمرني بأكلهما**»[(١)] وذو المخلب من الطير كالبازي والباشق والصقر والشاهين والحدأة والنعاب والنسر والعقاب وما أشبه ذلك فيدخل تحت نهي النبي عليه الصلاة والسلام عن كل ذي مخلب من الطير.

وروي أنه: «**نهى عَنْ كُلِّ ذِي خَطْفَةٍ ونَهْبَةٍ ومَجثمة وعَنْ كُلِّ نَابٍ مِنَ الطَّيرِ**»[(٢)] والمجثمة روي بكسر الثاء وفتحها من الجثوم وهو تلبد الطائر الذي من عادته الجثوم على غيره ليقتله وهو السباع من الطير فيكون نهياً على أكل كل طير هذا عادته وبالفتح هو الصيد الذي يجثم عليه طائر فيقتله فيكون نهياً عن أكل كل طير قتله طير آخر بجثومه عليه.

وقيل: بالفتح هو الذي يرمىٰ حتى/ يجثم فيموت، وما لا مخلب له من الطير فالمستأنس منه كالدجاج [أ/٣٧٨/ج] والبط والمتوحش كالحمام والفاختة والعصافير والقبج والكركي والغراب الذي يأكل الحب والزرع والعقعق ونحوها حلال بالإجماع.

فصل: وأما بيان ما يكره من الحيوانات فيكره أكل لحوم الإبل الجلالة وهي التي الأغلب من أكلها النجاسة، لما روي «**أن رسول الله ﷺ نهى عن أكل لحوم الإبل الجلالة**»؛ ولأنه إذا كان الغالب من أكلها النجاسات يتغير لحمها وينتن فيكره أكله كالطعام المنتن.

وروي أن رسول الله ﷺ: «**نَهى عَنِ الجلاَّلة أَنْ تُشرَبَ ألبانها**»[(٣)]، لأن لحمها إذا تغير يتغير لبنها، وما روي أنه عليه الصلاة والسلام: «**نَهى عَنْ أن يحج عليها وأَنْ يعتمر عليها وأنْ يغزىٰ وَأَنْ ينتفع بها**»[(٤)] فيما

---

(١) أخرجه أحمد في «المسند» (٣/ ٤٧١) والدارمي في «السنن» كتاب الصيد باب في أكل الأرنب (٢٠١٤). وابن ماجه في «السنن» كتاب الصيد باب الأرنب (٣٢٤٤).
والنسائي في «السنن» (٧/ ١٩٧) كتاب الصيد باب الأرنب وكتاب الضحايا باب إباحة الذبح بالمروة (٧/ ٢٢٥).
عن صفوان بن محمد.

(٢) أخرجه الدارمي في «السنن» كتاب الأضاحي باب ما لا يؤكل من السباع (١٩٨١).
والنسائي في «السنن» كتاب الصيد باب تحريم أكل السباع (٧/ ٢٠١).
والبيهقي في «السنن الكبرى» (٩/ ٣٣٤).

(٣) أخرجه عبد الرزاق في «المصنف» (٨٧١٣)، والبيهقي في «السنن الكبرى» (٩/ ٣٣٣) والحاكم في «المستدرك» (٢/ ٣٤).

(٤) أخرجه عبد الرزاق في «المصنف» (٢/ ٨٧) والبيهقي في «السنن الكبرى» (٩/ ٣٣١).
وأخرجه الحاكم في «المستدرك» (٢/ ٣٥).
والترمذي (١٨٢٥، ١٨٢٦) كتاب الأطعمة باب ما جاء في أكل لحوم الجلالة ولحومها.
وأبو داود (٣٧٨٥) كتاب الأطعمة باب النهي عن أكل الجلالة وألبانها.
ورواه البزار كما ذكر ذلك الهيثمي في «مجمع الزوائد» وقال: وفيه ليث بن سليم وهو ثقة ولكنه مدلس وبقية رجاله ثقات «مجمع» (٥/ ٥٠).

سوى ذلك فذلك محمول على أنها أنتنت في نفسها فيمتنع من استعمالها حتى لا يتأذى الناس بنتنها كذا ذكره القدوري رحمه الله في «شرحه مختصر الكرخي».

وذكر القاضي في «شرحه مختصر الطحاوي» أنه لا يحل الانتفاع بها من العمل وغيره إلا أن تحبس أياماً وتعلف فحينئذ تحل، وما ذكر القدوري رحمه الله أجود، لأن النهي ليس لمعنى يرجع إلى ذاتها بل لعارض جاورها فكان الانتفاع بها حلالاً في ذاته إلا أنه يمنع عنه لغيره ثم ليس لحبسها تقدير في ظاهر الرواية هكذا روي عن محمد رحمه الله أنه قال: كان أبو حنيفة رضي الله عنه لا يوقت في حبسها وقال: تحبس حتى تطيب وهو قولهما أيضاً.

وروى أبو يوسف عن أبي حنيفة عليه الرحمة: أنها تحبس ثلاثة أيام، وروى ابن رستم رحمه الله عن محمد في الناقة الجلالة والشاة والبقر الجلال أنها إنما تكون جلالة إذا تفتتت وتغيرت ووجد منها ريح منتنة فهي الجلالة حينئذ لا يشرب لبنها ولا يؤكل لحمها وبيعها وهبتها جائز.

هذا إذا كانت لا تخلط ولا تأكل إلا العذرة غالباً؛ فإن خلطت فليست جلالة فلا تكره لأنها لا تنتن ولا يكره أكل الدجاج المخلى، وإن كان يتناول النجاسة لأنه لا يغلب عليه أكل النجاسة بل يخلطها بغيرها وهو الحب فيأكل ذا وذا.

وقيل: إنما لا يكره؛ لأنه لا ينتن كما ينتن الإبل والحكم متعلق بالنتن ولهذا قال أصحابنا في جدي ارتضع بلبن خنزير حتى كبر: إنه لا يكره أكله، لأن لحمه لا يتغير ولا ينتن. فهذا يدل على أن الكراهة في الجلالة لمكان التغير والنتن لا لتناول النجاسة. ولهذا إذا خلطت لا يكره، وإن وجد تناول النجاسة لأنها لا تنتن فدل أن العبرة للنتن لا لتناول النجاسة.

والأفضل أن تحبس الدجاج حتى يذهب ما في بطنها من النجاسة لما روي أن رسول الله ﷺ: «كانَ يَحبس الدَّجاج ثلاثة أيام ثُمّ يأكلُه»[1]، وذلك على طريق التنزه، وهو رواية أبي يوسف عن أبي حنيفة عليهما الرحمة أنها تحبس ثلاثة أيام كأنه ذهب إلى ذلك للخبر، ولما ذكرنا أن ما في جوفها من النجاسة يزول في هذه المدة ظاهراً وغالباً ويكره الغراب الأسود الكبير، لما روي عن عروة عن أبيه أنه سئل عن أكل الغراب فقال: مَنْ يأكلُه بَعْدَ مَا سمَّاه اللَّهُ تباركَ وتَعالى فَاسِقاً[2]، عنى بذلك قول رسول الله ﷺ: «خمسٌ مِنَ الفَواسِقِ يقتلهنَّ المحرمُ فِي الحلِّ والحَرَمِ»[3]، ولأن غالب أكلها الجيف فيكره أكلها كالجلالة ولا بأس بغراب

---

(١) أخرجه ابن أبي شيبة في «المصنف» كما في «الفتح» (٩/١٤٨).
وعبد الرزاق في «مصنفه» (٨٧١٧).

(٢) أخرجه عبد الرزاق في «المصنف» برقم (٨٧٠١). والبيهقي في «السنن الكبرى» (٩/٣١٧).

(٣) أخرجه أحمد في «المسند» (٦/٣٣، ٢٥٩) والبخاري في «صحيحه» كتاب بدء الخلق باب إذا وقع الذباب في شراب أحدكم فليغمسه (٣٣١٤).
ومسلم في «صحيحه» كتاب الحج باب ما يندب للمحرم وغيره قتله من الدواب في الحل والحرم (١١٩٨).
والترمذي في «السنن» كتاب الحج باب ما يقتل المحرم من الدواب (٨٣٧).
والبيهقي في «السنن الكبرى» (٥/٣١٦، ٢٠٩).
ومالك في «الموطأ» كتاب الحج باب ما يقتل المحرم من الدواب.

الزرع، لأنه يأكل الحب والزرع ولا يأكل الجيف.

هكذا روى بشر بن الوليد عن أبي يوسف قال سألت أبا حنيفة عليه الرحمة عن أكل الغراب فرخص في غراب الزرع وكره الغداف فسألته عن الأبقع فكره ذلك، وإن كان غراباً يخلط فيأكل الجيف ويأكل الحب لا يكره في قول أبي حنيفة عليه الرحمة قال: وإنما يكره من الطير ما لا يأكل إلا الجيف ولا بأس بالعقعق لأنه ليس بذي مخلب ولا من الطير الذي لا يأكل إلا الحب كذا روىٰ أبو يوسف أنه قال: سألت أبا حنيفة رحمه الله في أكل العقعق فقال لا بأس به فقلت إنه يأكل الجيف فقال: إنه يخلط فحصل من قول أبي حنيفة أن ما يخلط من الطيور لا يكره أكله كالدجاج.

وقال أبو يوسف رحمه الله: يكره، لأن غالب أكله الجيف.

فصل: وأما بيان شرط حل الأكل في الحيوان المأكول فشرط حل الأكل في الحيوان المأكول البري هو الذكاة فلا يحل أكله بدونها لقوله تبارك وتعالى: ﴿**حرّمتْ عليكُم الميتة والدَّمُ**﴾[1] إلى قوله عز شأنه: ﴿**وَمَا أكلَ السَّبعُ إلا ما ذكيتم**﴾[2] استثنى سبحانه وتعالى الذكي من المحرم، والاستثناء من التحريم إباحة.

ثم الكلام في الذكاة في الأصل في ثلاثة مواضع: في بيان ركن الذكاة وفي بيان شرائط الركن/، وفي [ب/٣٧٨/ج] بيان ما يستحب من الذكاة وما يكره منها، فالذكاة نوعان، اختيارية وضرورية، أما الاختيارية فركنها الذبح فيما يذبح من الشاة والبقرة ونحوهما والنحر فيما ينحر وهو الإبل عند القدرة على الذبح، والنحر لا يحل بدون الذبح والنحر، لأن الحرمة في الحيوان المأكول لمكان الدم المسفوح وأنه لا يزول إلا بالذبح والنحر، ولأن الشرع إنما ورد بإحلال الطيبات. قال الله تبارك وتعالى: ﴿**يَسئلونك ماذا أحل لهم قل أحل لكم الطيبات**﴾[3].

وقال سبحانه وتعالى: ﴿**ويحلُّ لَهُمُ الطيبات ويحرمُ عَلَيْهِمُ الخبائثَ**﴾[4]، ولا يطيب إلا بخروج الدم المسفوح وذلك بالذبح والنحر، ولهذا حرمت الميتة لأن المحرم وهو الدم المسفوح فيها قائم، ولذا لا يطيب مع قيامه ولهذا يفسد في أدنى مدة ما يفسد في مثلها المذبوح، وكذا المنخنقة والموقوذة والمتردية والنطيحة لما قلنا، والذبح هو فري الأوداج ومحله ما بين اللبة واللحيين لقول النبي عليه الصلاة والسلام: «**الذَّكاةُ مَا بينَ اللبَّةِ واللَّحيةِ**»[5] أي محل الذكاة ما بين اللبة واللحيين، وروى الذكاة في الحلق واللبة، والنحر فري الأوداج ومحله آخر الحلق، ولو نحر ما يذبح وذبح ما ينحر يحل لوجود فري الأوداج ولكنه يكره لأن السنة في الإبل النحر وفي غيرها الذبح، ألا ترى أن الله تعالى ذكر في الإبل النحر وفي البقر والغنم الذبح

(١) سورة المائدة، الآية: (٣).
(٢) سورة المائدة، الآية: (٣).
(٣) سورة المائدة، الآية: (٤).
(٤) سورة الأعراف، الآية: (١٥٧).
(٥) لم يجده مخرجوا «الهداية» وإنما في الدارقطني من حديث أبي هريرة رضي الله عنه: بعث رسول الله ﷺ بريد بن ورقاء على جمل أورق يصيح في فجاج منى ألا إن الذكاة في الحلق واللبة» وإسناده واه. وقد أخرج نحوه عبد الرزاق عن عمرو بن عباس موقوفاً. انظر «الدراية» (٢/ ٢٠٧).

فقال سبحانه وتعالى: ﴿فصل لربك وانحر﴾[1] قيل في التأويل أي انحر الجزور، وقال الله عز شأنه: ﴿إن الله يأمركم أن تذبحوا بقرة﴾[2]، وقال تعالى: ﴿وفديناه بذبح عظيم﴾[3] والذبح بمعنى المذبوح كالطحن بمعنى المطحون، وهو الكبش الذي فدي به سيدنا إسماعيل أو سيدنا إسحاق صلوات الله عليهما على اختلاف أصل القصة في ذلك. وكذا النبي عليه الصلاة والسلام: «**نحر الإبل وذبح البقر والغنم**» فدل أن ذلك هو السنة.

وذكر محمد رحمه الله في «**الأصل**» وقال: بلغنا أن أصحاب النبي عليه الصلاة والسلام ورضي عنهم كانوا ينحرون الإبل قياماً معقولة اليد اليسرى، فدل ذلك على أن النحر في الإبل هو السنة، لأن الأصل في الذكاة إنما هو الأسهل على الحيوان وما فيه نوع راحة له فهو أفضل لما روي عن النبي ﷺ قال: «**إن الله كتب الإحسان على كل شيء، فإذا قتلتم فأحسِنُوا القِتلةَ وإذا ذبحتم فأحسنوا الذبحة وليُحدَّ أحدُكم شفرَتَه وليُرِحْ ذَبيحته**»[4] والأسهل في الإبل النحر لخلو لبتها عن اللحم واجتماع اللحم فيما سواه من خلفها، والبقر والغنم جميع حلقها لا يختلف.

فإن قيل: أليس روي عن جابر رضي الله عنه أنه قال نحرنا مع رسول الله ﷺ البدنة عن سبعة والبقرة عن سبعة، أي ونحرنا البقرة عن سبعة لأنه معطوف على الأول، فكان خبر الأول خبراً للثاني؛ كقولنا جاءني زيد وعمرو، فالجواب أن الذبح مضمر فيه، ومعناه وذبحنا البقرة على عادة العرب في الشيء إذا عطف على غيره، وخبر المعطوف عليه لا يحتمل الوجود في المعطوف أو لا يوجد عادة أن يضمر المتعارف المعتاد كما قال الشاعر:

ولقيت زوجك في الوغى ... متقلداً سيفاً ورمحاً

أي متقلداً سيفاً ومعتقلاً رمحاً. وقال آخر:

علفتها تبناً وماءً بارداً

أي علفتها تبناً وسقيتها ماءاً بارداً، لأن الرمح لا يحتمل التقلد أو لا يتقلد عادة والماء لا يعلف بل يسقى. كذا ههنا الذبح في البقر هو المعتاد فيضمر فيه فصار كأنه قال نحرنا البدنة وذبحنا البقرة، وهذا الذي ذكرنا قول عامة العلماء رضي الله تعالى عنهم.

---

(١) سورة الكوثر، الآية: (٢).
(٢) سورة البقرة، الآية: (٦٧).
(٣) سورة الصافات، الآية: (١٠٧).
(٤) أخرجه أحمد في «المسند» (٤/١٢٣، ١٢٤، ١٢٥)، وعبد الرزاق في «المصنف» رقم (٨٦٠٤).
ومسلم في «الصحيح» كتاب الصيد باب الأمر بإحسان الذبح والقتل (١٩٥٥).
وأبو داود في «السنن» كتاب الأضاحي باب في النهي أن تصبر البهائم والرفق بالذبيحة (٢٨١٥).
والترمذي في «السنن» كتاب الديات باب النهي عن المثلة (١٤٠٩).
والنسائي في «السنن» كتاب الضحايا باب الأمر بإحداد الشفرة (٧/٢٢٧).
وابن ماجه في «السنن» كتاب الذبائح باب إذا ذبحتم فأحسنوا الذبح (١٣٧٠).
وابن الجارود في «المنتقى» (٨٣٩، ٨٩٩).

وقال مالك رحمه الله: إذا ذبح البدنة لا تحل، لأن الله تبارك وتعالى أمر في البدنة بالنحر بقوله عز شأنه: ﴿فصلِّ لربِّكَ وانْحَرْ﴾[(١)] فإذا ذبح فقد ترك المأمور به فلا يحل.

ولنا: ما روي عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال: «مَا أَنْهَرَ الدَّمَ وَفَرَى الأَوْدَاجَ فَكُلْ»[(٢)] وبه تبين أن الأمر بالنحر في البدنة ليس لعينه بل لإنهار الدم وإفراء الأوداج وقد وجد ذلك، ولا بأس في الحلق كله أسفله أو أوسطه أو أعلاه لقوله عليه الصلاة والسلام: «الذكاة ما بين اللبة واللحيين»[(٣)]. وقوله عليه الصلاة والسلام: «الذكاةُ في الحلق واللبة». من غير فصل، ولأن المقصود إخراج الدم المسفوح وتطييب اللحم، وذلك يحصل بقطع الأوداج في الحلق كله.

ثم الأوداج أربعة: الحلقوم والمريء والعرقان اللذان بينهما الحلقوم والمريء، فإذا فرى ذلك كله فقد أتى بالذكاة بكمالها وسننها، وإن فرى البعض دون البعض فعند أبي حنيفة رضي الله عنه إذا قطع أكثر الأوداج وهو ثلاثة منها أي ثلاثة كانت وترك واحداً يحل. وقال/ أبو يوسف رحمه الله لا يحل حتى يقطع [١/٣٧٩ج] الحلقوم والمريء وأحد العرقين.

وقال محمد رحمه الله: لا يحل حتى يقطع من كل واحد من الأربعة أكثره وقال الشافعي[(٤)] رحمه الله إذا قطع الحلقوم والمريء حلّ إذا استوعب قطعهما. وجه قول الشافعي رضي الله عنه: أن الذبح إزالة الحياة، والحياة لا تبقى بعد قطع الحلقوم والمريء عادة وقد تبقى بعد قطع الودجين إذ هما عرقان كسائر العروق والحياة تبقى بعد قطع عرقين من سائر العروق. ولنا أن المقصود من الذبح إزالة المحرم وهو الدم المسفوح ولا يحصل إلا بقطع الودج.

وجه قول محمد عليه الرحمة: أنه إذا قطع الأكثر من كل واحد من الأربعة فقد حصل المقصود بالذبح وهو خروج الدم، لأنه يخرج ما يخرج بقطع الكل. وجه قول أبي يوسف أن كل واحد من العروق يقصد

---

(١) سورة الكوثر، الآية: (٢).

(٢) أخرجه الحميدي في «مسنده» (٣/ ٤٦٣، ٤٦٤) (٤/ ١٤٠، ١٤١، ١٤٢).
والبخاري في «الصحيح» كتاب الشركة باب قسمة الغنائم (٢٤٨٨) وكتاب الجهاد باب ما يكره من ذبح الإبل والغنم في المغانم (٣٠٧٥).
ومسلم في «الصحيح» كتاب الأضاحي باب جواز الذبح بكل ما أنهر الدم (١٩٦٨).
والترمذي في «السنن» كتاب الأحكام باب في الذكاة بالقصب وغيره (١٤٩١)، باب ما جاء في البعير والبقر والغنم إذا ند فصار وحشياً يرمى بسهم أم لا (١٤٩٢).
والنسائي في «السنن» كتاب الضحايا باب النهي عن الذبح بالظفر (٧/ ٢٢٦) باب ذكر المنفلتة التي لا يقدر على أخذها (٧/ ٢٢٨، ٢٢٩).
وابن ماجه في «السنن» كتاب الأضاحي باب كم تجزىء من الغنم عن البدنة (٣١٣٧).
وابن الجارود في «المنتقى» (٨٩٥).
والبيهقي في «السنن الكبرى» (٩/ ٢٤٥، ٢٤٦، ٢٤٧).

(٣) أخرجه البيهقي في «السنن الكبرى» (٩/ ٢٧٨) عن ابن عباس وعمر قال البيهقي: وقد روي هذا من وجه ضعيف مرفوعاً وليس بشيء.

(٤) انظر «الأم» (٢/ ٢٣٦).

بقطعه غير ما يقصد به الآخر لأن الحلقوم مجرى النفس والمريء مجرى الطعام والودجين مجرىٰ الدم فإذا قطع أحد الودجين حصل بقطعه المقصود منهما، وإذا ترك الحلقوم لم يحصل بقطع ما سواه المقصود منه ولذلك اختلفا، ولأبي حنيفة عليه الرحمة أنه قطع الأكثر من العروق الأربعة، وللأكثر حكم الكل فيما بُنِيَ على التوسعة في أصول الشرع والذكاة بنيت على التوسعة حيث يُكتَفَىٰ فيها بالبعض بلا خلاف بين الفقهاء، وإنما اختلفوا في الكيفية فيقام الأكثر فيها مقام الجميع، ولو ضرب عنق جزور أو بقرة أو شاة بسيفه وأبانها وسمى: فإن كان ضربها من قبل الحلقوم تؤكل وقد أساء. أما حل الأكل فلأنه أتى بفعل الذكاة وهو قطع العروق؛ وأما الإساءة فلأنه زاد في ألمها زيادة لا يحتاج إليها في الذكاة فيكره ذلك، وإن ضربها من القفا فإن ماتت قبل القطع بأن ضرب على التأني والتوقف لا تؤكل لأنها ماتت قبل الذكاة فكانت ميتة وإن قطع العروق قبل موته تؤكل لوجود فعل الذكاة وهي حية إلا أنه يكره ذلك لأنه زاد في ألمها من غير حاجة وإن أمضى فعله من غير توقف تؤكل لأن الظاهر أن موتها بالذكاة.

وعلى هذا يخرج ما إذا ذبح بالمروة أو بليطة القصب أو بشقة العصا أو غيرها من الآلات التي تقطع إنه يحل لوجود معنى الذبح وهو فري الأوداج.

وجملة الكلام فيه: أن الآلة على ضربين: آلة تقطع وآلة تفسخ، والتي تقطع نوعان حادة وكليلة، أما الحادة فيجوز الذبح بها حديداً كانت أو غير حديد، والأصل في جواز الذبح بدون الحديد ما روي عن عديّ بنِ حاتم رضي الله عنه أنه قال: قلت: يا رسولَ الله أرأيتَ أحدَنا أصابَ صَيْداً وليس معه سكينٌ أيذكي بمَرْوَةٍ أو بشِقَّةِ العصا؟ فقال عليه الصلاة والسلام: **«أَنْهِرِ الدَّمَ بما شِئْتَ واذْكُرِ اسمَ اللَّهِ تَعَالى»**[1].

وروي أن جاريةً لكعبِ بن مَالك رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ذبحتْ شاةً بمروةٍ، فسأَلَ كعبٌ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ عن ذلك: **«فأمر بأكلها»**[2] ولأنه يجوز بالحديد والجواز ليس لكونه من جنس الحديد، بل لوجود معنى الحديد، بدليل أنه لا يجوز بالحديد الذي لا حد له، فإذا وجد معنى الحد في المروة والليطة جاز الذبح بهما؛ وأما الكليلة فإن كانت تقطع يجوز لحصول معنى الذبح، لكنه يكره لما فيه من زيادة إيلام لا حاجة إليها، ولهذا أمر رسول الله ﷺ بتحديد الشفرة وإراحة الذبيحة، وكذلك إذا جرح بظفر منزوع أو سن منزوع جاز الذبح بهما ويكره.

وقال الشافعي[3] رحمه الله: لا يجوز، واحتج بما روي عن رسول الله ﷺ أنه قال: **«أنْهِرِ الدمَ بما شئتَ إلا ما كان من سن أو ظفر، فإن الظفر مدى الحبشة والسن عظم من الإنسان»**[4]، استثنى عليه الصلاة والسلام

---

(١) أخرجه أحمد في «المسند» (٤/ ٢٥٦، ٢٥٨، ٣٧٧).
وأبو داود في «السنن» كتاب الأضاحي باب في الذبيحة بالمروة (٢٨٢٤). وابن ماجه في «السنن» كتاب الذبائح باب ما يذكى به (٣١٧٧).
والنسائي في «السنن» كتاب الصيد باب الصيد إذا أنتن (٧/ ١٩٤) كتاب الضحايا باب إباحة الذبح بالعود (٧/ ٢٢٥).

(٢) أخرجه أحمد في «المسند» (٢/ ١٢).
وأخرجه البخاري في «الصحيح» كتاب الذبائح والصيد باب ما أنهر الدم من القصب والمروة والحديد (٥٥٠٢).

(٣) انظر «الأم» (٢/ ٢٣٦).

(٤) تقدم.

الظفر والسن من الإباحة والاستثناء من الإباحة يكون حظراً، وعلل عليه الصلاة والسلام بكون الظفر مدى الحبشة وكون السن عظم الإنسان، وهذا خرج مخرج الإنكار.

ولنا: أنه لما قطع الأوداج فقد وجد الذبح بهما فيجوز كما لو ذبح بالمروة وليطة القصب.

وأما الحديث فالمراد السن القائم والظفر القائم، لأن الحبشة إنما كانت تفعل ذلك لإظهار الجلادة وذاك بالقائم لا بالمنزوع.

والدليل عليه أنه روي في بعض الروايات إلا ما كان قرضاً بسن أو حزاً بظفر والقرض إنما يكون بالسن القائم.

وأما الآلة التي تفسخ فالظفر القائم والسن القائم ولا يجوز الذبح بهما بالإجماع، ولو ذبحهما كان ميتة للخبر الذي روينا؛ ولأن الظفر والسن إذا لم يكن منفصلاً فالذابح يعتمد على الذبيح فيخنق وينفسخ فلا يحل/ أكله حتى قالوا: لو أخذ غيره يده فأمر يده كما أمر السكين وهو ساكت يجوز ويحل أكله. [ب/٣٧٩/ج]

وعلى هذا يخرج الجنين إذا خرج بعد ذبح أمه إن خرج حياً فذكي يحل؛ وإن مات قبل الذبح لا يؤكل بلا خلاف، وإن خرج ميتاً، فإن لم يكن كامل الخلق لا يؤكل أيضاً في قولهم جميعاً لأنه بمعنى المضغة، وإن كان كامل الخلق، اختلف فيه قال أبو حنيفة رضي الله عنه لا يؤكل، وهو قول زفر والحسن بن زياد رحمهم الله؛ وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي رحمهم الله لا بأس بأكله، واحتجوا بقول النبي عليه الصلاة والسلام: «**ذكاة الجنين بذكاة أمه**»[١]، فيقتضي أنه يتذكى بذكاة أمه، ولأنه تبع لأمه حقيقة وحكماً.

أما الحقيقة فظاهر، وأما الحكم فلأنه يباع ببيع الأم ويعتق بعتقها والحكم في التبع يثبت بعلة الأصل ولا يشترط له علة على حدة لئلا ينقلب التبع أصلاً ولأبي حنيفة قوله تعالى: ﴿**حرمت عليكم الميتة والدم**﴾[٢] والجنين ميتة لأنه لا حياة فيه والميتة ما لا حياة فيه فيدخل تحت النص.

فإن قيل: الميتة اسم لزوال الحياة فيستدعي تقدم الحياة، وهذا لا يعلم في الجنين.

فالجواب: أن تقدم الحياة ليس بشرط لإطلاق اسم الميت، قال الله تبارك وتعالى: ﴿**وكنتم أمواتاً فأحياكم ثم يميتكم**﴾[٣] على أنا إن سلمنا ذلك فلا بأس به لأنه يحتمل أنه كان حياً فمات بموت الأم، ويحتمل أنه لم يكن فيحرم احتياطاً ولأنه أصل في الحياة فيكون له أصل في الذكاة.

---

(١) أخرجه أحمد في «المسند» (٣/ ٣١، ٣٩، ٥٣).
وعبد الرزاق في «المصنف» (٨٦٥٠) والدارقطني في «السنن» (٤/ ٢٧٤).
وأبو داود في «السنن» كتاب الأضاحي باب ما جاء في ذكاة الجنين (٢٧٢٧).
والترمذي في «السنن» كتاب الأطعمة باب ما جاء في ذكاة الجنين (١٤٧٦).
وابن ماجه في «السنن» كتاب الذبائح باب ذكاة الجنين ذكاة أمه (٣١٩٩).
والبيهقي في «السنن الكبرى» (٩/ ٣٣٥) وأبو يعلى في «مسنده» (٩٩٢) وابن الجارود (٩٠٠).

(٢) سورة المائدة، الآية: (٣).

(٣) سورة البقرة، الآية: (٢٨).

والدليل على أنه أصل في الحياة أنه يتصور بقاؤه حياً بعد ذبح الأم، ولو كان تبعاً للأم في الحياة لما تصور بقاؤه حياً بعد زوال الحياة عن الأم وإذا كان أصلاً في الحياة يكون أصلاً في الذكاة، لأن الذكاة تفويت الحياة، ولأنه إذا تصور بقاؤه حياً بعد ذبح الأم لم يكن ذبح الأم سبباً لخروج الدم عنه إذ لو كان لما تصور بقاؤه حياً بعد ذبح الأم إذ الحيوان الدموي لا يعيش بدون الدم عادة فبقي الدم المسفوح فيه، ولهذا إذا جرح يسيل منه الدم وأنه حرم بقوله سبحانه وتعالى دماً مسفوحاً، وقوله عز شأنه: ﴿حُرِّمَتْ عليكم الميتة والدم﴾[1] ولا يمكن التمييز بين لحمه ودمه فيحرم لحمه أيضاً.

وأما الحديث: فقد روي بنصب الذكاة الثانية معناه كذكاة أمه إذ التشبيه قد يكون بحرف التشبيه وقد يكون بحذف حرف التشبيه، قال الله تعالى: وهي تمر مر السحاب.

وقال عز شأنه: ﴿ينظرون إليك نظر المغشي عليهِ مِنَ الموتِ﴾[2]، أي كنظر المغشي عليه، وهذا حجة عليكم، لأن تشبيه ذكاة الجنين بذكاة أمه يقتضي استواءهما في الافتقار إلى الذكاة، ورواية الرفع تحتمل التشبيه أيضاً قال الله سبحانه وتعالى: ﴿وجنة عرضها السموات والأرض﴾[3] أي عرضها كعرض السموات فكيون حجة عليكم.

ويحتمل الكناية كما قالوا فلا تكون حجة مع الاحتمال مع أنه من أخبار الآحاد ورد فيما تعم به البلوى وأنه دليل عدم الثبوت إذ لو كان ثابتاً لاشتهر وإذا خرجت من الدجاجة الميتة بيضة تؤكل عندنا سواء اشتد قشرها أو لم يشتد وعند الشافعي[4] رحمه الله إن اشتد قشرها تؤكل وإلا فلا.

وجه قوله: أنه إذا لم يشتد قشرها فهي من أجزاء الميتة فتحرم بتحريم الميتة وإذا اشتد قشرها فقد صار شيئاً آخر وهو منفصل عن الدجاجة فيحل.

ولنا: أنه شيء طاهر في نفسه مودع في الطير منفصل عنه ليس من أجزائه فتحريمها لا يكون تحريماً له كما إذا اشتد قشرها، ولو ماتت شاة وخرج من ضرعها لبن يؤكل عند أبـي حنيفة، وعند أبـي يوسف ومحمد لا يؤكل، وهو قول الشافعي رحمهم الله جميعاً إلا أن عند الشافعي لا يؤكل لكونه ميتة، وعندهما لا يؤكل لنجاسة الوعاء.

ولأبـي حنيفة عليه الرحمة: قوله تبارك وتعالى: ﴿وإنّ لَكُمْ في الأنعامِ لعبرةً نسقيكم مما في بطونِهِ مِنْ بينَ فرث ودمٍ لبناً خالصاً سائِغاً للشّاربينَ﴾[5] والاستدلال بالآية من وجوه.

أحدهما: أنه وصفه بكونه خالصاً فيقتضي أن لا يشوبه شيء من النجاسة.

والثاني: أنه سبحانه وتعالى وصفه بكونه سائغاً للشاربين والحرام لا يسوغ للمسلم.

---

(١) سورة المائدة، الآية: (٣).

(٢) سورة محمد، الآية: (٢٠).

(٣) سورة آل عمران، الآية: (١٣٣).

(٤) انظر «مختصر المزني» ص (٢٨٣).

(٥) سورة النحل، الآية: (٦٦).

والثالث: أنه سبحانه وتعالى منّ علينا بذلك إذ الآية خرجت مخرج المنة والمنة بالحلال لا بالحرام.

وعلى هذا الخلاف الأنفحة إذا كانت مائعة، وإن كانت صلبة فعند أبي حنيفة رحمه الله تؤكل وتستعمل في الأدوية كلها، وعندهما يغسل ظاهرها وتؤكل، وعند الشافعي[1] لا تؤكل أصلاً.

وأما الاضطرارية فركنها العقر وهو الجرح في أي موضع كان وذلك في الصيد وما هو في معنى الصيد وإنما كان كذلك؛ لأن الذبح إذا لم يكن مقدوراً ولا بد من إخراج الدم لإزالة المحرم وتطييب اللحم وهو الدم المسفوح على ما بينا فيقام سبب الذبح مقامه وهو الجرح على الأصل المعهود في الشرع من إقامة السبب مقام المسبب عند العذر/ والضرورة كما يقام السفر مقام المشقة والنكاح مقام الوطء والنوم مضطجعاً أو متوركاً مقام الحدث ونحو ذلك. [أ/ ٣٨٠/ج]

وكذلك ما ند من الإبل والبقر والغنم بحيث لا يقدر عليها صاحبها لأنها بمعنى الصيد، وإن كان مستأنساً.

وقد روي أن بعيراً ندَّ على عهد رسول الله ﷺ فرماهُ رجلٌ فقتله فقال رسول الله ﷺ: «**إن لهذه الأبل أوابد كأوابد الوحش فإذا غلبكم منها شيء فاصنعوا به هكذا**»[2] وسواء ند البعير والبقر في الصحراء أو في المصر فذكاتهما العقر، كذا روي عن محمد لأنهما يدفعان عن أنفسهما فلا يقدر عليهما.

قال محمد: والبعير الذي ند على عهد رسول الله ﷺ كان بالمدينة فدل أن ند البعير في الصحراء والمصر سواء في هذا الحكم.

وأما الشاة فإن ندت في الصحراء فذكاتها العقر؛ لأنه لا يقدر عليها وإن ندت في المصر لم يجز عقرها لأنه يمكن أخذها إذ هي لا تدفع عن نفسها فكان الذبح مقدوراً عليه فلا يجوز العقر، وهذا لأن العقر خلف من الذبح والقدرة على الأصل تمنع المصير إلى الخلف كما في التراب مع الماء والأشهر مع الأقراء وغير ذلك.

وكذلك ما وقع منها في قليب فلم يقدر على إخراجه ولا على مذبحه ولا منحره فإن ذكاته ذكاة الصيد لكونه في معناه لتعذر الذبح والنحر.

وذكر في «المنتقى» في البعير إذا صال على رجل فقتله وهو يريد الذكاة حل أكله إذا كان لا يقدر على أخذه وضمن قيمته لأنه إذا كان لا يقدر على أخذه صار بمنزلة الصيد فجعل الصيال منه كنده، لأنه يعجز عن أخذه فيعجز عن نحره فيقام الجرح فيه مقام النحر كما في الصيد ثم لا خلاف في الاصطياد بالسهم والرمح والحجر والخشب ونحوها أنه إذا لم يجرح لا يحل.

وأصله ما روي أن رسول الله ﷺ سئل عن صيد المعراض؛ فقال عليه الصلاة والسلام: «إِذَا خَرَقَ

---

(١) انظر «مختصر المزني» ص (٢٨٤).

(٢) تقدم في تخريج «ما أنهر الدم وذكر. . .» الحديث.

فكُل»[1] وإن أصابه بعرض فلا تأكل فإنه وقيذ.

وأما الاصطياد بالجوارح من الحيوانات إما بناب كالكلب والفهد ونحوهما وإما بالمخلب كالبازي والشاهين ونحوهما فكذلك في الرواية المشهورة أنه إذا لم يجرح لا يحل حتىٰ لو خنق أو صدم ولم يجرح ولم يكسر عضواً منه لا يحل في ظاهر الرواية، وروي عن أبـي حنيفة وأبـي يوسف أنه يحل.

وجه هذه الرواية: أن الكلب يأخذ الصيد على حسب ما يتفق له فقد يتفق له الأخذ بالجرح وقد يتفق بالخنق والصدم والحال حال الضرورة فيوسع الأمر فيه ويجعل الخنـق والصدم كالجرح كما وسع في الذبح.

وجه ظاهر الرواية: قوله تعالى: **﴿يسألونك ماذا أحل لهم قل أحل لكم الطيبات وما علمتم من الجوارح﴾**[2] وهي من الجراحة فيقتضي اعتبار الجرح، ولأن الركن هو إخراج الدم وذلك بالذبح في حال القدرة وفي حال العجز أقيم الجرح مقامه لكونه سبباً في خروج الدم ولا يوجد ذلك في الخنق.

وقد روي عن رسول الله ﷺ في صيد المعراض: «**إذا خرق فكل وان أصاب بعرضه فلا تأكل فإنه وقيذ**»[3] وروي أنه عليه الصلاة والسلام قال: «**ما أصبت بعرضه فلا تأكل فهو وقيذ وما أصبت بحده فكل**»[4] أراد عليه الصلاة والسلام الحل والحرمة على الجرح وعدم الجرح وسمى عليه الصلاة والسلام غير المجروح وقيذاً وأنه حرام بقوله تبارك وتعالى: **﴿والموقوذة﴾** ولأنها منخنقة وأنها محرمة بقوله عز وجل: **﴿والمنخنقة﴾** فإن لم يجرحه ولم يخنقه ولكنه كسر عضواً منه فمات، فقد ذكر الكرخي رحمه الله أنه لم يحك عن أبـي حنيفة رحمه الله فيه شيء مصرح.

وذكر محمد في «**الزيادات**»: وأطلق أنه إذا لم يجرح لم يؤكل، وهذا الإطلاق يقتضي أنه لا يحل

---

(١) أخرجه البخاري في «**الصحيح**» كتاب الذبائح والصيد: باب ما أصاب المعراض لعرضه (٥٤٧٧).
وأخرجه مسلم في «**الصحيح**» كتاب الصيد باب الصيد بالكلاب المعلمة (١٩٢٩).
وأحمد في «**المسند**» (٤/ ٢٥٨، ٣٧٧، ٣٨٠).
وأبو داود في «**السنن**» كتاب الصيد باب في اتخاذ الكلب للصيد وغيره (٢٨٤٧).
والترمذي في «**السنن**» كتاب الصيد باب ما جاء ما يؤكل من صيد الكلب وما لا يؤكل (١٤٦٨).
والنسائي في «**السنن**» كتاب الصيد باب صيد الكلب المعلم (٧/ ١٨٠ ـ ١٨١).
وباب إذا قتل الكلب (٧/ ١٨١، ١٨٢).
وابن ماجه في «**السنن**» كتاب الصيد بالمعراض (٣٢١٥).
والبيهقي في «**السنن الكبرى**» (٩/ ٢٣٧).

(٢) سورة المائدة، الآية: (٤).

(٣) أخرجه البخاري في «**الصحيح**» كتاب البيوع باب الحلال بين والحرام بين وبينهما مشتبهات (٢٠٥٣) وكتاب الذبائح والصيد باب صيد المعراض (٥٤٧٦).
ومسلم في «**الصحيح**» كتاب الصيد والذبائح باب الصيد بالكلاب المعلمة (٤٩٤٩).
وأبو داود في «**السنن**» كتاب الصيد باب في الصيد (٢٨٥٤).
والنسائي في «**السنن**» كتاب الصيد باب ما أصاب بعرض المعراض (٧/ ١٩٤، ١٩٥).
وباب النهي عن أكل ما لم يذكر اسم الله عليه (٧/ ١٨٠).

(٤) انظر إلى الحديث السابق.

بالكسر، وقال أبو يوسف: إذا جرح بناب أو مخلب أو كسر عضواً فقتله فلا بأس بأكله فقد جعل الكسر جراحة باطنة فيلحق بالجراحة لظاهره في حكم بني على الضرورة والعذر.

وجه رواية محمد رحمه الله: وهي الصحيحة أن الأصل هو الذبح وإنما أقيم الجرح مقامه في كونه سبباً لخروج الدم وذلك لا يوجد في الكسر فلا يقام مقامه ولهذا لم يقم الخنق مقامه، وقد قالوا إذا أصاب السهم ظلف الصيد فإن وصل إلى اللحم فأدماه حل وإلا فلا، وهذا تفريع على رواية اعتبار الجرح، ولو ذبح شاة ولم يسل منها دم قيل: وهذا قد يكون في شاة اعتلفت العناب.

اختلف المشايخ فيه:

قال أبو القاسم الصفار رحمه الله: لا تأكل لقوله عليه الصلاة والسلام «ما فري الأوداج وأنهر الدم فكل» يؤكل بشرط إنهار الدم ولم يوجد، ولأن الذبح لم يشرط لعينه بل لإخراج الدم المحرم وتطييب اللحم ولم يوجد فلا يحل.

وقال أبو بكر الإسكاف/ والفقيه أبو جعفر الهندواني رحمهما الله: يؤكل لوجود الذبح وهو فري [ب/٣٨٠/ج] الأوداج وأنه سبب لخروج الدم عادة لكنه امتنع لعارض بعد وجود السبب فصار كالدم الذي احتبس في بعض العروق عن الخروج بعد الذبح وذا لا يمنع الحل كذا هذا.

وعلى هذا يخرج ما إذا قطع من إلية الشاة قطعة أو من فخذها أنه لا يحل المبان، وإن ذبحت الشاة بعد ذلك؛ لأن حكم الذكاة لم يثبت في الجزء المبان وقت الإبانة لانعدام ذكاة الشاة لكونها حية وقت الإبانة وحال فوات الحياة كان الجزء منفصلاً وحكم الذكاة لا يظهر في الجزء المنفصل.

وروي أن أهل الجاهلية كانوا يقطعون قطعة من إلية الشاة ومن سنام البعير فيأكلونها فلما بعث النبي المكرم عليه الصلاة والسلام نهاهم عن ذلك فقال عليه الصلاة والسلام: (ما أبين من الحي فهو ميت) والجزء المقطوع مبان من حي وبائن منه فيكون ميتاً، وكذلك إذا قطع ذلك من صيد لم يؤكل المقطوع، وإن مات الصيد بعد ذلك لما قلنا.

وقال الشافعي[١] رحمه الله: يؤكل إذا مات الصيد بذلك؛ وسنذكر المسألة إن شاء الله تعالى، وإن قطع فتعلق العضو بجلده لا يؤكل، لأن ذلك القدر من التعلق لا يعتبر فكان وجوده والعدم بمنزلة واحدة، وإن كان متعلقاً باللحم يؤكل الكل، لأن العضو المتعلق باللحم من جملة الحيوان وذكاة الحيوان تكون لما اتصل به، ولو ضرب صيداً بسيف فقطعه نصفين يؤكل النصفان عندنا جميعاً وهو قول إبراهيم النخعي، لأنه وجد قطع الأوداج لكونها متصلة من القلب بالدماغ فأشبه الذبح فيؤكل الكل وإن قطع أقل من النصف فمات فإن كان مما يلي العجز لا يؤكل المبان عندنا، وقال الشافعي: يؤكل.

وجه قوله: أن الجرح في الصيد إذا اتصل به الموت فهو ذكاة اضطرارية وإنها سبب الحل كالذبح.

---

(١) انظر «مختصر المزني» ص (٢٨٢) و «المدونة» (٢/ ٩٦).

ولنا: قول النبي ﷺ: «ما أُبِيْنَ مِنَ الحيِّ فهُوَ مَيِّت»[(١)] والمقطوع مبان من الحي فيكون ميتاً، وأما قوله إن الجرح الذي اتصل به الموت ذكاة في الصيد فنعم لكن حال فوات الحياة عن المحل وعند الإبانة المحل كان حياً فلم يقع الفعل ذكاة له وعندما صار ذكاة كان الجزء منفصلاً وحكم الذكاة لا يلحق الجزء المنفصل، وإن كان مما يلي الرأس يؤكل الكل لوجود قطع الأوداج فكان الفعل حال وجوده ذكاة حقيقة فيحل به الكل، وإن ضرب رأس صيد فأبانه نصفين طولاً أو عرضاً يوكل كله في قول أبي حينفة ومحمد وهو قول أبي يوسف الأول ثم رجع وقال: لا يؤكل النصف البائن ويوكل ما بقي من الصيد.

والأصل فيه ما ذكرنا: أن الأوداج متصلة بالدماغ فتصير مقطوعة بقطع الرأس وكان أبو يوسف على هذا، ثم ظن أنها لا تكون إلا فيما يلي البدن من الرأس، وإن كان المبان أكثر من النصف فكذلك يؤكل الكل لأنه إذا قطع العروق فلم يكن ذلك ذبحاً بل كان جرحاً وأنه لا يبيح المبان لما ذكرنا.

وأما شرائط ركن الذكاة فأنواع: بعضها يعم نوعي الذكاة الاختيارية والاضطرارية وبعضها يخص أحدهما دون الآخر، أما الذي يعمهما، فمنها أن يكون عاقلاً فلا تؤكل ذبيحة المجنون والصبي الذي لا يعقل والسكران الذي لا يعقل لما نذكر أن القصد إلى التسمية عند الذبح شرط ولا يتحقق القصد الصحيح ممن لا يعقل، فإن كان الصبي يعقل الذبح ويقدر عليه تؤكل ذبيحته، وكذا السكران، ومنها أن يكون مسلماً أو كتابياً فلا تؤكل ذبيحة أهل الشرك والمجوسي والوثني وذبيحة المرتد.

أما ذبيحة أهل الشرك فلقوله تعالى: ﴿وما أهل لغير الله﴾[(٢)].

وقوله عز وجل: ﴿وما ذبح على النصب﴾[(٣)] أي للنصب وهي الأصنام التي يعبدونها.

وأما ذبيحة المجوس: فلقوله عليه الصلاة والسلام: «**سُنُّوا بالمجُوس سنةَ أهلِ الكتابِ غيرَ ناكِحي نسائِهم ولا آكلي ذبائحهم**»[(٤)] ولأن ذكر اسم الله تعالى على الذبيحة من شرائط الحل عندنا لما نذكر ولم يوجد.

وأما المرتد فلأنه لا يقر على الدين الذي انتقل إليه فكان كالوثني الذي لا يقر على دينه، ولو كان المرتد غلاماً مراهقاً لا تؤكل ذبيحته عند أبي حينفة ومحمد وعند أبي يوسف تؤكل بناء على أن ردته صحيحة عندهما، / وعنده لا تصح وتؤكل ذبيحة أهل الكتاب لقوله تعالى: ﴿وطَعَامُ الّذينَ أُوتُوا الكِتَابَ حِلٌّ [٣٨١/أ/ج]

---

(١) أخرجه أحمد في «المسند» (٥/ ٢١٨).
والدارمي في «السنن» كتاب الصيد باب في الصيد يبين منه العضو (٢٠١٨).
وأبو داود في «السنن» كتاب الصيد باب في صيد قطع منه قطعة (٢٨٥٨).
الترمذي في «السنن» كتاب الأطعمة باب ما قطع من الحي فهو ميت (١٤٨٠).
والحاكم في «المستدرك» (٤/ ١٢٤، ٢٣٩).

(٢) سورة المائدة، الآية: (٣).

(٣) سورة المائدة، الآية: (٣).

(٤) أخرجه مالك في «الموطأ» كتاب الذكاة باب جزية أهل الكتاب والمجوس (١/ ٢٧٨). والبيهقي في «السنن الكبرى» (٩/ ١٨٩).
وقال في «المجمع»: رواه الطبراني (يعني عن العلاء الحضرمي) وفيه من لم أعرفهم. (٦/ ١٣).

لكم﴾[1] والمراد منه ذبائحهم إذ لو لم يكن المراد ذلك لم يكن للتخصيص بأهل الكتاب معنى لأن غير الذبائح من أطعمة الكفرة مأكول، ولأن مطلق اسم الطعام يقع على الذبائح كما يقع على غيرها، لأنه اسم لما يتطعم والذبائح مما يتطعم فيدخل تحت إطلاق اسم الطعام فيحل لنا أكلها ويستوي فيه أهل الحرب منهم وغيرهم لعموم الآية الكريمة.

وكذا يستوي فيه نصارى بني تغلب وغيرهم لأنهم علىٰ دين النصارى إلا أنهم نصارى العرب فيتناولهم عموم الآية الشريفة.

وقال سيدنا علي رضي الله عنه: لا تؤكل ذبائح نصارى العرب لأنهم ليسوا بأهل الكتاب، وقرأ قوله عز شأنه: ﴿ومنهم أميون لا يعلمون الكتاب إلا أماني﴾.

وقال ابن عباس رضي الله عنهما: تؤكل وقرأ قوله عز وجل: ﴿ومن يتولهم منكم فإنه منهم﴾[2] والآية الكريمة التي تلاها سيدنا علي رضي الله عنه دليل على أنهم من أهل الكتاب، لأنه قال عز وجل: ﴿ومنهم أميون لا يعلمون الكتاب﴾[3] أي من أهل الكتاب، وكلمة من للتبعيض إلا أنهم يخالفون غيرهم من النصارى في بعض شرائعهم وذا يخرجهم عن كونهم نصارى كسائر النصارى، فإن انتقل الكتابي إلى دين أهل الكتاب من الكفرة لا تؤكل ذبيحته، لأن المسلم لو انتقل إلى ذلك الدين لا تؤكل ذبيحته فالكتابي أولى.

ولو انتقل غير الكتابي من الكفرة إلى دين أهل الكتاب تؤكل ذبيحته. والأصل أنه ينظر إلى حاله ودينه فيه أنه ينظر إلى حاله ودينه وقت ذبيحته دون ما سواه، وهذا أصل أصحابنا أن من انتقل من ملة يقر عليها يجعل كأنه من أهل تلك الملة من الأصل على ما ذكرنا في كتاب النكاح والمولود بين كتابي وغير كتابي تؤكل ذبيحته أيهما كان الكتابي الأب أو الأم عندنا.

وقال مالك: يعتبر الأب فإن كان كتابياً تؤكل وإلا فلا. وقال الشافعي: لا تؤكل ذبيحته رأساً، والصحيح قولنا لأن جعل الولد تبعاً للكتابي منهما أولى، لأنه خيرهما ديناً بالنسبة فكان باتباعه إياه أولى. وأما الصابئون فتؤكل ذبائحهم في قول أبي حنيفة رضي الله عنه، وعند أبي يوسف ومحمد لا تؤكل، واختلاف الجواب لاختلاف تفسيرهم في الصابئين أنهم ممن هم. وقد ذكرنا ذلك في كتاب النكاح. ثم إنما تؤكل ذبيحة الكتابي إذا لم يشهد ذبحه ولم يسمع منه شيء أو سمع وشهد منه تسمية الله تعالى وحده، لأنه إذا لم يسمع شيئاً يحمل على أنه قد سمى الله تبارك وتعالى وجرد التسمية تحسيناً للظن به كما بالمسلم.

ولو سمع منه ذكر اسم الله تعالى لكنه عنى بالله عز وجل المسيح عليه السلام قالوا تؤكل لأنه أظهر تسمية هي تسمية المسلمين. إلا إذا نص فقال بسم الله الذي هو ثالث ثلاثة فلا تحل.

وقد روي عن سيدنا علي رضي الله عنه أنه سئل عن ذبائح أهل الكتاب وهم يقولون ما يقولون فقال رضي الله عنه: قد أحل الله ذبائحهم وهو يعلم ما يقولون فأما إذا سمع منه أنه سمى المسيح عليه الصلاة

(١) سورة المائدة، الآية: (٤).
(٢) سورة المائدة، الآية: (٥١).
(٣) سورة البقرة، الآية: (٧٨).

والسلام وحده أو سمى الله سبحانه وتعالى وسمى المسيح لا تؤكل ذبيحته. كذا روى سيدنا علي رضي الله عنه ولم يرو عن غيره خلافه فيكون إجماعاً، ولقوله عز وجل: ﴿وَمَا أهلّ لغيرِ اللّهِ﴾[1] وهذا أهل لغير الله عز وجل به فلا يؤكل. ومن أكلت ذبيحته ممن ذكرنا أكل صيده الذي صاده بالسهم أو بالجوارح ومن لا فلا. ولأن أهلية المذكي شرط في نوعي الذكاة الاختيارية والاضطرارية جميعاً.

ومنها: التسمية حالة الذكر عندنا وعند الشافعي[2] ليست بشرط أصلاً. وقال مالك رحمه الله إنها شرط حالة الذكر والسهو حتى لا يحل متروك التسمية ناسياً عنده. والمسألة مختلفة بين الصحابة رضي الله تعالى عنهم.

أما الكلام مع الشافعي[3] رحمه الله فإنه احتج بقوله تبارك وتعالى: ﴿قُلْ لا أَجِدُ فيمَا أُوحِيَ إليَّ مُحرَّماً على طاعم يطعمه إلا أن يكون ميتة أو دماً مسفوحاً أو لحم خنزير﴾[4] أمر النبـي عليه الصلاة والسلام أن يقول إنه لا يجد فيما أُوحِيَ إليه محرماً سوى الأشياء الثلاثة. ومتروك التسمية لم يدخل فيها فلا يكون محرماً ولا يقال يحتمل أنه لم يكن المحرم وقت نزول الآية الكريمة سوى المذكور فيها ثم حرم بعد ذلك متروك التسمية بقوله عز وجل: ﴿ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه﴾[5] لأنه قيل إن سورة الأنعام نزلت جملة واحدة، ولو كان متروك التسمية محرماً لكان واجداً له فيجب أن يستثنيه كما استثنى الأشياء الثلاثة.

ولنا: قوله عز وجل: ﴿وَلاَ تأكلوا مما لَم يُذْكَر اسم اللّهِ عليهِ وإنّه لفسق﴾[6] والاستدلال بالآية من وجهين:

أحدهما: أن مطلق النهي للتحريم في حق العمل.

[ب/٣٨١/ج] والثاني: أنه سمى أكل ما لم يذكر اسم الله عليه فسقاً بقوله عز وجل: ﴿وإنَّهُ لفسق﴾[7] ولا/ فسق إلا بارتكاب المحرم ولا تحمل إلا على الميتة وذبائح أهل الشرك بقول بعض أهل التأويل في سبب نزول الآية الكريمة لأن العام لا يخص بالسبب عندنا بل يعمل بعموم اللفظ لما عرف في أصول الفقه مع ما أن الحمل على ذلك حمل على التكرار لأن حرمة الميتة وذبائح أهل الشرك ثبتت بنصوص أخر وهي قوله عز وجل: ﴿حُرِّمَتْ عَليكُمُ الميتةُ﴾[8].

وقوله عز وجل: ﴿وَمَا أهلّ لغير اللّهِ بِهِ﴾[9].

---

(١) سورة المائدة، الآية: (٣).
(٢) «مختصر المزني» (٢٨١).
(٣) انظر «الأم» (٢/ ١٨٢).
(٤) سورة الأنعام، الآية: (١٤٥).
(٥) سورة الأنعام، الآية: (١٢١).
(٦) سورة الأنعام، الآية: (١٢١).
(٧) سورة الأنعام، الآية: (١٢١).
(٨) سورة المائدة، الآية: (٣).
(٩) سورة المائدة، الآية: (٣).

وقوله عز وجل: ﴿وَمَا ذُبِحَ على النُّصبِ﴾[(١)] فالحمل على ما قاله يكون حملاً على ما قلنا ويكون حملاً على فائدة جديدة فكان أولى.

وقوله عز وجل: ﴿فَاذكُروا اسم اللَّهِ عليها صوافَّ﴾[(٢)] ومطلق الأمر للوجوب في حق العمل ولو لم يكن شرطاً لما وجب.

وروى الشعبي عن عدي بن حاتم رضي الله عنهما قال: سألت رسول الله ﷺ عن صيد الكلب فقال: «مَا أَمْسَكَ عليكَ وَلَمْ يأكلْ مِنْهُ فكلهُ فإنَّ أَخْذَهُ ذَكاتُهُ»[(٣)] فإن وجدت عند كلبك غيره فحسبت أن يكون أخذه معه وقد قتله فلا تأكل لأنك إنما ذكرت اسم الله تعالى على كلبك ولم تذكره على كلب غيرك: نهى النبي عليه الصلاة والسلام عن الأكل وعلل بترك التسمية فدل أنها شرط.

وأما الآية الكريمة ففيها أنه ما كان يجد وقت نزول الآية الشريفة محرماً سوى المذكور فيها فاحتمل أنه كان كذلك وقت نزول الآية الشريفة وجد تحريم متروك التسمية بعد ذلك لما تلونا، كما كان لا يجد تحريم كل ذي ناب من السباع وكل ذي مخلب من الطير وتحريم الحمار والبغل عند نزولها، ثم وجد بعد ذلك بوحي متلو أو غير متلو على ما ذكرنا.

وأما ما يروى أن سورة الأنعام نزلت كلها جملة واحدة فمروى على طريق الآحاد فلا يقبل في إبطال حرمة ثبتت بالكتاب، على أن المذكور فيها من جملة المستثنى الميتة، فما الدليل على أن متروك التسمية عمداً ليس بميتة، بل هو ميتة عندنا، مع أنه لا يجد فيما أوحى إليه محرماً سوى المذكور، ونحن لا نطلق اسم المحرم على متروك التسمية، إذ المحرم المطلق ما ثبتت حرمته بدليل مقطوع به، ولم يوجد ذلك في محل الاجتهاد إذا كان الاختلاف بين أهل الديانة، وإنما نسميه مكروهاً أو محرماً في حق الاعتقاد قطعاً على طريق التعيين، بل على الإبهام أن ما أراد الله عز وجل من هذا النهي فهو حق لكنا نمتنع عن أكله احتياطاً وهو تفسير الحرمة في حق العمل.

وأما الكلام مع مالك رحمه الله فهو احتج بعموم قوله تبارك وتعالى: ﴿وَلا تَأكُلوا مما لَمْ يُذْكَر اسمُ اللَّهِ عليهِ﴾[(٤)] من غير فصل بين العمد والسهو، ولأن التسمية لما كانت واجبة حالة العمد فكذا حالة النسيان، لأن النسيان لا يمنع الوجوب والحظر كالخطأ حتى كان الناسي والخاطىء جائز المؤاخذة عقلاً، ولهذا استوى العمد والسهو في ترك تكبيرة الافتتاح والطهارة وغيرها من الشرائط، والكلام في الصلاة عمداً أو سهواً عندكم. كذا ههنا.

ولنا: ما روي عن راشد بن سعيد عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال: «ذبيحةُ المسلم حلالٌ سَمَّىٰ

---

(١) سورة المائدة، الآية: (٣).
(٢) سورة الحج، الآية: (٣٦).
(٣) أخرجه البخاري في «صحيحه» برقم (١٧٥) وبرقم (٥٤٨٣) وبرقم (٥٤٨٤) وبرقم (٥٤٨٦) ومسلم في «صحيحه» برقم (١٩٢٩).
(٤) سورة الأنعام، الآية: (١٢١).

أو لَمْ يُسم مَا لَم يَتعمد»(١)، وهذا نص في الباب. وأما الآية فلا تتناول متروك التسمية لوجهين:

أحدهما: أنه قال عز وجل: ﴿وَإِنَّهُ لَفِسْقٌ﴾(٢) أي ترك التسمية عند الذبح فسق، وترك التسمية سهواً لا يكون فسقاً، وكذا كل متروك التسمية سهواً لا يلحقه سمة الفسق، لأن المسألة اجتهادية وفيها اختلاف الصحابة، فدل أن المراد من الآية الكريمة متروك التسمية عمداً لا سهواً.

والثاني: أن الناسي لم يترك التسمية بل ذكر اسم الله عز وجل، والذكر قد يكون باللسان وقد يكون بالقلب، قال الله تعالى: ﴿ولا تُطِعْ مَنْ أَغْفَلْنَا قَلْبَهُ عَنْ ذِكْرِنَا﴾(٣) والناسي ذاكر بقلبه لما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه سئل عن رجل ذبح ونسي أن يذكر اسم الله عليه؟ فقال رضي الله عنه اسم الله عز وجل في قلب كل مسلم فليأكل.

وعنه رواية أخرى قال: إن المسلم ذكر الله في قلبه وقال: كما لا ينفع الاسم في الشرك لا يضر النسيان في الإسلام، وعنه رضي الله عنه في رواية أخرى قال في المسلم اسم الله تعالى؛ فإذا ذبح ونسي أن يسمى فكل؛ وإذا ذبح المجوسي وذكر اسم الله تعالى فلا تطعمه.

وعن سيدنا علي رضي الله عنه سئل عن هذا فقال إنما هي علة المسألة فثبت أن الناسي ذاكر فكانت ذبيحته مذكور التسمية فلا تتناولها الآية الكريمة، وأما قوله إن النسيان لا يدفع التكليف ولا يدفع الحظر حتى لم يجعل عذراً في بعض المواضع على ما ضرب من الأمثلة، فنقول النسيان جعل عذراً مانعاً من التكليف والمؤاخذة فيما يغلب وجوده ولم يجعل عذراً فيما لا يغلب وجوده لأنه لو لم يجعل عذراً فيما يغلب وجوده لوقع الناس في الحرج. والحرج مدفوع/ والأصل فيه أن من لم يعود نفسه فعلاً يعذر في تركه واشتغاله بضده [أ/٣٨٢/ج] سهواً لأن حفظ النفس عن العادة التي هي طبيعة خامسة خطب صعب وأمر أمر فيكون النسيان فيه غالب الوجود فلو لم يعذر للحقه الحرج. وليس كذلك إذا لم يعود نفسه.

مثاله: أن الأكل والشرب من الصائم سهواً جعل عذراً في الشرع حتى لا يفسد صومه لأنه عود نفسه ذلك ولم يعودها ضده وهو الكف عن الأكل والشرب ولم يجعل ذلك عذراً في المصلى لأنه لم يعود نفسه ذلك في كل زمان بل في وقت معهود وهو الغداة والعشي خصوصاً في حال الصلاة التي تخالف أوقات الأكل والشرب فكان الأكل والشرب فيها في غاية الندرة فلم يجعل عذراً.

والكلام في الصلاة من هذا القبيل، لأن حالة الصلاة تمنع من ذلك عادة فكان النسيان فيها نادراً فلم

---

(١) أخرجه الدارقطني في «السنن» كتاب الأشربة باب الصيد والذبائح والأطعمة وغير ذلك (٤/ ٢٦٦) والبيهقي في «السنن الكبرى» كتاب الصيد والذبائح (٩/ ٢٣٩) عن ابن عباس أن النبي ﷺ قال: «المسلم يكفيه اسمه فإن نسي أن يسمي حين يذبح فليسم وليذكر اسم الله ثم ليأكل».

وروي بهذا اللفظ الذي أورده المؤلف في «المراسيل» لأبي داود دون «ما لم يتعمد» عن الصلت قال: قال رسول الله ﷺ: «ذبيحة المسلم حلال ذكر اسم الله أو لم يذكر إن ذكر لم يذكر إلا اسم الله».

وروي أيضاً مرسلاً عن راشد بن سعد (بدون ياء) في تفسير عبد بن حميد كما في «كنز العمال» (٦/ ١٥٦٢١).

(٢) سورة الأنعام، الآية: (١٢١).

(٣) سورة الكهف، الآية: (٢٨).

يجعل عذراً؛ وكذلك ترك تكبيرة الافتتاح سهواً لأن الشروع في الصلاة يكون بها وتركها سهواً عند تصميم العزم على الشروع فيها مما يندر فلم يعذر.

وكذا ترك الطهارة عند حضور وقت الصلاة سهواً لأن المسلم على استعداد الصلاة عند هجوم وقتها عادة فالشروع في الصلاة من غير طهارة سهواً يكون نادراً فلا يعذر ويلحق بالعدم، فأما ذكر اسم الله تعالى فأمر لم يعوده الذابح نفسه، لأن الذبح على مجرى العادة يكون من القصابين ومن الصبيان الذين لم يعودوا أنفسهم ذكر الله عز وجل فترك التسمية منهم سهواً لا يندر وجوده بل يغلب فجعل عذراً دفعاً للحرج فهو الفرق بين هذه الجملة، والله سبحانه وتعالى هو الموفق.

وإذا ثبت أن التسمية حالة الذكر من شرائط الحل عندنا فبعد ذلك يقع الكلام في بيان ركن التسمية، وفي بيان شرائط الركن، وفي بيان وقت التسمية أما ركنها فذكر اسم الله عز وجل أي اسم كان لقوله تبارك وتعالى: ﴿**فكلوا مما ذكر اسم الله عليه إن كنتم بآياته مؤمنين وما لكم أن لا تأكلوا مما ذكر اسم الله**﴾[1] من غير فصل بين اسم واسم، وقوله عز شأنه: ﴿**ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه**﴾[2] لأنه إذا ذكر اسماً من أسماء الله تبارك وتعالى لم يكن المأكول مما لم يذكر اسم الله عليه فلم يكن محرماً، وسواء قرن بالاسم الصفة بأن قال الله أكبر الله أجل، الله أعظم؛ الله الرحمن، الله الرحيم، ونحو ذلك أو لم يقرن بأن قال الله أو الرحمن أو الرحيم أو غير ذلك، لأنه المشروط بالآية عز شأنه وقد وجد وكذا في حديث عدي بن حاتم رضي الله عنهما إذا أرسلت كلبك المعلم وذكرت اسم الله عليه فكل من غير فصل بين اسم واسم.

وكذا التهليل والتحميد والتسبيح سواء كان جاهلاً بالتسمية المعهودة أو عالماً بها لما قلنا، وهذا ظاهر على أصل أبـي حنيفة ومحمد رضي الله عنهما في تكبيرة الافتتاح أنه يصير شارعاً في الصلاة بلا إله إلا الله أو الحمد لله أو سبحان الله، فههنا أولى.

وأما على أصل أبـي يوسف رحمه الله فلا يصير شارعاً بهذه الألفاظ وتصح بها عنده فيحتاج هو إلى الفرق. والفرق له أن الشرع ما ورد هناك إلا بلفظ التكبير، وههنا ورد بذكر اسم الله تعالى، وسواء كانت التسمية بالعربية أو بالفارسية أو أي لسان كان وهو لا يحسن العربية أو يحسنها كذا روىٰ بشر عن أبـي يوسف رحمهما الله لو أن رجلاً سمى على الذبيحة بالرومية أو بالفارسية وهو يحسن العربية أو لا يحسنها أجزأه ذلك عن التسمية لأن الشرط في الكتاب العزيز والسنة ذكر اسم الله تعالى مطلقاً عن العربية والفارسية، وهذا ظاهر على أصل أبـي حنيفة رحمه الله في اعتباره المعنى دون اللفظ في تكبيرة الافتتاح فيستوي في الذبح التكبيرة العربية والعجمية من طريق الأولى، فأما على أصلهما فهما يحتاجان إلى الفرق بين التكبير والتسمية حيث قالا في التسمية إنها جائزة بالعجمية سواء كان يحسن العربية أو لا يحسن، وفي التكبير لا يجوز بالعجمية إلا إذا كان لا يحسن العربية، لأن المشروط ههنا ذكر اسم الله تعالى وأنه يوجد بكل لسان والشرط هناك لفظة التكبير لقوله عليه الصلاة والسلام لا تقبل صلاة امرىء حتى يضع الطهور مواضعه ويستقبل القبلة ويقول:

---

(١) سورة الأنعام، الآية: (١١٨ ـ ١١٩).
(٢) سورة الأنعام، الآية: (١٢١).

الله أكبر. نفى عليه الصلاة والسلام القبول بدون لفظ التكبير ولا يوجد ذلك بغير لفظ العربية.

وأما شرائط الركن:

فمنها: أن تكون التسمية من الذابح حتى لو سمى غيره والذابح ساكت وهو ذاكر غير ناس لا يحل، لأن المراد من قوله تبارك وتعالى: ﴿**ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه**﴾ أي لم يذكر اسم الله عليه من الذابح فكانت مشروطة فيه.

ومنها: أن يريد بها التسمية على الذبيحة، فإن من أراد بها التسمية لافتتاح العمل لا يحل، لأن الله سبحانه وتعالى أمر بذكر اسم الله تعالى عليه في الآيات الكريمة ولا يكون ذكر اسم الله عليه إلا وأن يراد بها التسمية على الذبيحة.

[ب/٣٨٢/ج] وعلى هذا/ إذا قال الحمد لله ولم يرد به الحمد على سبيل الشكر لا يحل، وكذا لو سبح أو هلل أو كبر ولم يرد به التسمية على الذبيحة وإنما أراد به وصفه بالوحدانية والتنزه عن صفات الحدوث لا غير لا يحل لما قلنا.

ومنها: تجريد اسم الله سبحانه وتعالى عن اسم غيره، وإن كان اسم النبي ﷺ حتى لو قال بسم الله واسم الرسول لا يحل لقوله تعالى: ﴿**وما أهل لغير الله به**﴾.

وقول النبي ﷺ: «**موطنان لا أُذْكَرُ فيهما عِنْدَ العطاسِ وَعِنْدَ الذَّبحِ**»[(١)] وقول عبد الله بن مسعود رضي الله عنهما جردوا التسمية عند الذبح، ولأن المشركين يذكرون مع الله سبحانه وتعالى غيره فتجب مخالفتهم بالتجريد، ولو قال: بسم الله ومحمد رسول الله، فإن قال: ومحمد بالجر لا يحل لأنه أشرك في اسم الله عز شأنه اسم غيره، وإن قال: محمد بالرفع يحل لأنه لم يعطفه بل استأنف فلم يوجد الإشراك إلا أنه يكره لوجود الوصل من حيث الصورة فيتصور بصورة الحرام فيكره.

وإن قال: ومحمداً بالنصب، اختلف المشايخ فيه، قال بعضهم: يحل لأنه ما عطف بل استأنف إلا أنه أخطأ في الإعراب، وقال بعضهم: لا يحل، لأن انتصابه بنزع الحرف الخافض كأنه قال: ومحمد فيتحقق الإشراك فلا يحل، هذا إذا ذكر الواو، فإن لم يذكر بأن قال بسم الله محمد رسول الله فإنه يحل كيفما كان لعدم الشركة.

ومنها: أن يقصد بذكر اسم الله تعالى تعظيمه على الخلوص ولا يشوبه معنى الدعاء حتى لو قال: اللهم

---

(١) أخرجه البيهقي في «السنن الكبرى» (٢٨٦/٩) بلفظ: «لا تذكروني عند ثلاث تسمية الطعام...» ثم قال: فهذا منقطع وعبد الرحيم وأبوه ضعيفان وسليمان بن عيسى السجزي في عداد من يضع الحديث ولو عرف يحيى بن يحيى حاله لما استجاز الرواية عنه وهو فيما ذكره شيخنا أبو عبد الله الحافظ رحمه الله ونسبه أحمد بن عدي الحافظ أيضاً إلى وضع الحديث فيما أخبرنا أبو سعد الماليني.

وأخبرنا أبو سعد الماليني أنبأ أبو أحمد بن عدي قال: سمعت محمد بن حماد يقول: قال السعدي وهو إبراهيم بن يعقوب الجوزجاني سليمان بن عيسى الذي يروي آداب سفيان كذاب مصرح اهـ، البيهقي.

ونسبه في «كنز العمال» (٢٢٥٥) إلى الحاكم في «تاريخه».

وانظر «ميزان الاعتدال» (٢١٨/٢).

اغفر لي لم يكن ذلك تسمية لأنه دعاء، والدعاء لا يقصد به التعظيم المحض فلا يكون تسمية كما لا يكون تكبيراً، وفي قوله: اللهم، اختلف المشايخ كما في التكبير.

أما وقت التسمية: فوقتها في الذكاة الاختيارية وقت الذبح لا يجوز تقديمها عليه إلا بزمان قليل لا يمكن التحرز عنه لقوله تبارك وتعالى: ﴿ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه﴾ والذبح مضمر فيه معناه ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله تعالى عليه من الذبائح ولا يتحقق ذكر اسم الله تعالى على الذبيحة إلا وقت الذبح، وكذا قيل في تأويل الآيتين الأخريين أن الذبح مضمر فيهما أي فكلوا مما ذبح بذكر اسم الله عليه وما لكم ألا تأكلوا مما ذبح بذكر اسم الله تعالى عليه فكان وقت التسمية الاختيارية وقت الذبح.

وأما الذكاة الاضطرارية: فوقتها وقت الرمي والإرسال لا وقت الإصابة لقول النبي ﷺ لعدي بن حاتم رضي الله عنه حين سأله عن صيد المعراض والكلب «إذا رميت بالمعراض وذكرت اسم الله عليه فكل وإن أرسلت كلبك المعلم وذكرت اسم الله عليه فكل».

وقوله «عليه» أي على المعراض والكلب ولا تقع التسمية على السهم والكلب إلا عند الرمي والإرسال فكان وقت التسمية فيها هو وقت الرمي والإرسال، والمعنى هكذا يقتضي وهو أن التسمية شرط والشرائط يعتبر وجودها حال وجود الركن لأن عند وجودها يصير الركن علة كما في سائر الأركان مع شرائطها هو المذهب الصحيح على ما عرف في أصول الفقه والركن في الذكاة الاختيارية هو الذبح وفي الاضطرارية هو الجرح وذلك مضاف إلى الرامي والمرسل وإنما السهم والكلب آلة الجرح والفعل يضاف إلى مستعمل الآلة لذلك اعتبر وجود التسمية وقت الذبح والجرح وهو وقت الرمي والإرسال ولا يعتبر وقت الإصابة في الذكاة الاضطرارية لأن الإصابة ليست من صنع العبد لا مباشرة ولا سبباً بل محض صنع الله عز وجل يعني به مصنوعه هو مذهب أهل السنة والجماعة؛ وهي المسألة المعروفة بالمتولدات، وهذا لأن فعل العبد لا بد وأن يكون مقدور العبد ومقدور العبد ما يقوم بمحل قدرته وهو نفسه وذلك هو الرمي السابق والإرسال السابق فتعتبر التسمية عندهما على أن الإصابة قد تكون وقد لا تكون فلا يمكن إيقاع التسمية عليها.

وعلى هذا يخرج ما روىٰ بشر عن أبي يوسف رحمهما الله تعالى أنه قال: لو أن رجلاً أضجع شاة ليذبحها وسمى ثم بدا له فأرسلها وأضجع أخرى فذبحها بتلك التسمية لم يجزه ذلك ولا تؤكل لعدم التسمية على الذبيحة عند الذبح، ولو رمى صيداً فسمى فأخطأ وأصاب آخر فقتله فلا بأس بأكله.

وكذلك إذا أرسل كلباً على صيد فأخطأ فأخذ غير الذي أرسله عليه فقتله لوجود التسمية على السهم والكلب عند الرمي والإرسال.

وذكر في «الأصل»: أرأيت الذابح يذبح الشاتين والثلاثة فيسمي على الأولى ويدع التسمية/ على غير [أ/٣٨٣/ج] ذلك عمداً قال: يأكل الشاة التي سمى عليها ولا يأكل ما سوى ذلك لما بينا.

ولو أضجع شاة ليذبحها وسمى عليها ثم ألقى السكين وأخذ سكيناً آخر فذبح به يؤكل، لأن التسمية في الذكاة الاختيارية تقع على المذبوح لا على الآلة والمذبوح واحد فلا يعتبر اختلاف الآلة بخلاف ما إذا سمى على سهم ثم رمى بغيره أنه لا يؤكل، لأن التسمية في الذكاة الاضطرارية تقع على السهم لا على المرمي إليه.

وقد اختلف السهم فالتسمية على أحدهما لا تكون تسمية على الآخر، ولو أضجع شاة ليذبحها وسمى عليها فكلمه إنسان فأجابه أو استسقى ماء فشرب أو أخذ السكن، فإن كان قليلاً ولم يكثر ذلك منه ثم ذبح على تلك التسمية تؤكل وإن تحدث وأطال الحديث أو أخذ في عمل آخر أو حد شفرته أو كانت الشاة قائمة فصرعها ثم ذبح لا تؤكل لأن زمان ما بين التسمية والذبح إذا كان يسيراً لا يعتد به لأنه لا يمكن التحرز عنه فيلحق بالعدم ويجعل كأنه سمى مع الذبح وإذا كان طويلاً يقع فاصلاً بين التسمية والذبح فيصير كأنه سمى في يوم وذبح في يوم آخر فلم توجد التسمية عند الذبح متصلة به؛ ولو سمى ثم انقلبت الشاة وقامت من مضجعها ثم أعادها إلى مضجعها فقد انقطعت التسمية.

وعلى هذا يخرج ما إذا رمى صيداً ولم يسم متعمداً ثم سمى بعد ذلك أو أرسل كلباً وترك التسمية متعمداً فلما مضى الكلب في تبع الصيد سمى أنه لا يؤكل لأن التسمية لم توجد وقت الرمي والإرسال، وكذا لو مضى الكلب إلى الصيد فزجره وسمى وانزجر بزجره أنه لا يؤكل أيضاً، وفرق بين هذا وبين ما إذا تبع الكلب الصيد بنفسه من غير أن يرسله أحد ثم زجره مسلم أنه إن انزجر بزجره فأخذ الصيد فقتله يؤكل وإن لم ينزجر لا يؤكل.

ووجه الفرق: نذكره بعد هذا إن شاء الله تعالى، ولو رمى أو أرسل وهو مسلم ثم ارتد أو كان حلالاً فأحرم قبل الإصابة وأخذ الصيد يحل، ولو كان مرتداً ثم أسلم وسمى لا يحل، لأن المعتبر وقت الرمي والإرسال كما بينا فتُرَاعَىٰ الأهلية عند ذلك.

وعلى هذا الأصل ينبني شرط تعيين المحل بالتسمية في الذكاة الاختيارية، وهو بيان القسم الثاني من الشرائط التي تخص أحد النوعين دون الآخر وهي أنواع يرجع بعضها إلى المذكي، وبعضها يرجع إلى محل الذكاة وبعضها يرجع إلى آلة الذكاة.

أما الذي يرجع إلى المذكي فهو أن يكون حلالاً وهذا في الذكاة الاضطرارية دون الاختيارية حتى إن المحرم إذا قتل صيد البر وسمى لا يؤكل لأنه ممنوع عن قتل الصيد لحق الإحرام لقوله تبارك وتعالى: ﴿يا أيها الذين آمنوا لا تقتلوا الصيد وأنتم حرم﴾[١] أي وأنتم محرمون، وقوله جل شأنه: ﴿أحلتْ لَكُمْ بهيمةُ الأنعامِ إلا ما يُتْلى عليكمْ غير محلي الصّيد وأنتمْ حُرُمٌ﴾[٢] معناه والله سبحانه وتعالى أعلم أحلت لكم بهيمة الأنعامِ والصيد إلا ما يتلى عليكم من الميتة والدم ولحم الخنزير إلى آخره: ﴿غير محلي الصيد وأنتم حرم﴾[٣] لأنه استثنى سبحانه وتعالى الصيد بقوله تبارك وتعالى: ﴿غيرَ محلي الصيدِ﴾[٤] وإنما يستثنىٰ الشيء من الجملة المذكورة فجعل مذكوراً بطريق الإضمار والاستثناء من الإباحة تحريم فكان اصطياد المحرم محرماً فكان صيده ميتة كصيد المجوسي سواء اصطاد بنفسه أو أصطيد له بأمره لأن ما صيد له بأمره فهو صيده معنى وتحل ذبيحة المستأنس، لأن التحريم خص بالصيد فبقي غيره على عموم الإباحة ويحل له صيد

---

(١) سورة المائدة، الآية: (٩٥).
(٢) سورة المائدة، الآية: (١).
(٣) سورة المائدة، الآية: (١).
(٤) سورة المائدة، الآية: (١).

البحر لقوله تبارك وتعالى: ﴿أحل لكم صيد البحر وطعامه﴾[1] وقد مر ذلك.

وأما الذي يرجع إلى محل الذكاة فمنها تعيين المحل بالتسمية في الذكاة الاختيارية ولا يشترط ذلك في الذكاة الاضطرارية وهي الرمي والإرسال إلى الصيد، لأن الشرط في الذكاة الاختيارية ذكر اسم الله تبارك وتعالى على الذبيح لما تلونا من الآيات ولا يتحقق ذلك إلا بتعيين الذبيح بالتسمية، ولأن ذكر الله تبارك وتعالى لما كان واجباً فلا بد وأن يكون مقدوراً والتعيين في الصيد ليس بمقدور لأن الصائد قد يرمي ويرسل على قطيع من الصيد وقد يرمي ويرسل على حس الصيد فلا يكون التعيين واجباً والمستأمن مقدور فيكون واجباً: وعلى هذا يخرج ما إذا ذبح شاة وسمى ثم ذبح شاة أخرى يظن أن التسمية الأولى تجزي عنهما لم تؤكل ولا بد من أن يجدد لكل ذبيحة تسمية على حدة؛ ولو رمى سهماً فقتل به من الصيد اثنين لا بأس بذلك.

وكذلك لو أرسل كلباً أو بازياً وسَمىٰ فقتل من الصيد اثنين فلا بأس بذلك؛ لأن التسمية تجب عند الفعل وهو الذبح فإذا تجدد الفعل تجدد التسمية فأما الرمي والإرسال فهو فعل واحد، وإن كان يتعدى إلى مفعولين فتجزي فيه تسمية واحدة ووزان الصيد من المستأنس ما لو أضجع شاتين وأمر السكين عليهما معاً أنه تجزىء/ في ذلك تسمية واحدة كما في الصيد. [ب/٣٨٣/ج]

فإن قيل: هلا جعل ظنه أن التسمية على الشاة الأولى تجزىء عن الثانية عذراً كنسيان التسمية. فالجواب أن هذا ليس من باب النسيان بل من الجهل بحكم الشرع والجهل بحكم الشرع ليس بعذر والنسيان عذر.

ألا ترى أن من ظن أن الأكل لا يفطر الصائم فأكل بطل صومه، ولو أكل ناسياً لا يبطل فإن نظر إلى جماعة من الصيد فرمى بسهم وسمى وتعمدها ولم يتعمد واحداً بعينه فأصاب منها صيداً فقتله لا بأس بأكله، وكذلك الكلب والبازي.

ولو أن رجلاً نظر إلى غنمه فقال: بسم الله ثم أخذ واحدة فأضجعها وذبحها وترك التسمية عامداً وظن أن تلك التسمية تجزيه لا تؤكل لأنه لم يسم عند الذبح والشرط هو التسمية على الذبيحة وذلك بالتسمية عند الذبح نفسه لا عند النظر، وتعيين الذبيحة مقدور فيمكن أن يجعل شرطاً وتعيين الصيد بالرمي والإرسال متعذر لما بينا فلم يمكن أن يجعل شرطاً.

ولو رمى صيداً بعينه أو أرسل الكلب أو البازي على صيد بعينه فأخطأ فأصاب غيره يؤكل، وكذا لو رمى ظبياً فأصاب طيراً أو أرسل على ظبي فأخذ طيراً، لأن التعيين في الصيد ليس بشرط.

ومنها: قيام أصل الحياة في المستأمن وقت الذبح قلت أو كثرت في قول أبي حنيفة رحمه الله، وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله: لا يكتفي بقيام أصل الحياة بل تعتبر حياة مقدورة كالشاة المريضة والوقيذة والنطيحة وجريحة السبع إذا لم يبق فيها إلا حياة قليلة عرف ذلك بالصياح أو بتحريك الذنب أو طرف العين أو التنفس.

---

(١) سورة المائدة، الآية: (٩٦).

وأما خروج الدم فلا يدل على الحياة إلا إذا كان يخرج كما يخرج من الحي المطلق فإذا ذبحها وفيها قليل حياة على الوجه الذي ذكرنا تؤكل عند أبي حنيفة رضي الله عنه، وعن أبي يوسف روايتان: في ظاهر الرواية عنه أنه إن كان يعلم أنها لا تعيش مع ذلك فذبحها لا تؤكل، وإن كان يعلم أنها تعيش مع ذلك فذبحها تؤكل، وفي رواية قال إن كان لها من الحياة مقدار ما تعيش به أكثر من نصف يوم فذبحها تؤكل وإلا فلا.

وقال محمد رحمه الله: إن كان لم يبق من حياتها إلا قدر حياة المذبوح بعد الذبح أو أقل فذبحها لا تؤكل؛ وإن كان أكثر من ذلك تؤكل، وذكر الطحاوي قول محمد مفسراً فقال: إن على قول محمد إن لم يبق معها إلا الاضطراب للموت فذبحها فإنها لا تحل وإن كانت تعيش مدة كاليوم أو كنصفه حلت.

وجه قولهما: أنه إذا لم يكن لها حياة مستقرة على الوجه الذي ذكرنا كانت ميتة معنى فلا تلحقها الذكاة كالميتة حقيقة.

ولأبي حنيفة رضي الله عنه: قوله تعالى: ﴿**حرمت عليكم الميتة**﴾[1] إلى قوله تعالى: ﴿**والمنخنقة والموقوذة والمتردية والنطيحة وما أكل السبع إلا ما ذكيتم**﴾[2] استثنى سبحانه وتعالى المذكىٰ من الجملة المحرمة والاستثناء من التحريم إباحة وهذه مذكاة لوجود فري الأوداج مع قيام الحياة فدخلت تحت النص.

وأما الصيد إذا جرحه السهم أو الكلب فأدركه صاحبه حياً فإن ذكاه يؤكل بلا خلاف بين أصحابنا كيف ما كان، سواء كانت فيه حياة مستقرة أو لم تكن وخرج الجرح من أن يكون ذكاة في حقه وصار ذكاته الذبح في الحياة المستقرة ذكاة مطلقة فيدخل تحت النص، وإن لم يكن فيه حياة مستقرة فعلى أصل أبي حنيفة رحمه الله ذكاته الذبح وقد وجد لوجود أصل الحياة فصار مذكىٰ.

وعلى أصلهما لا حاجة إلى الذبح، لأنه صار مذكىٰ بالجرح فالذبح بعد ذلك لا يضر إن كان لا ينفع، وإن لم يذكه وهو قادر على ذبحه فتركه حتى مات؛ فإن كانت فيه حياة مستقرة لا يؤكل، لأن ذكاته تحولت من الجرح إلى الذبح، فإذا لم يذبح كان ميتة، وإن كانت حياته غير مستقرة يؤكل عند أبي حنيفة رضي الله عنه؛ وإن قلت من غير ذكاة بخلاف المستأنس عنده.

والفرق له أن الرمي والإرسال إذا اتصل به الجرح كان ذكاة في الصيد فلا تعتبر هذه الحياة بعد وجود الذكاة ولم تتقوم ذكاة في المستأمن فلا بد من اعتبار هذا القدر من الحياة لتحقق الذكاة.

وأما عندهما: فكذلك لكن على اختلاف تفسيرهما للحياة المستقرة وغير المستقرة على ما ذكرنا في المستأمن هكذا ذكر عامة المشايخ رحمهم الله، وذكر الجصاص رحمه الله وقال يجب أن يكون قول أبي حنيفة رحمه الله في الصيد مثل قوله في المستأنس على أن قوله يجب الذبح في جميع الأحوال لا يحل بدونه سواء كانت الحياة مستقرة أو غير مستقرة وقد ذكرنا وجه الفرق له على قول عامة المشايخ رحمهم الله.

وإن مات قبل أن يقدر على ذبحه لضيق الوقت أو لعدم آلة الذكاة، ذكر القدوري/ عليه الرحمة أنه لا [أ/٣٨٤/ج]

(١) سورة المائدة، الآية: (٣).
(٢) سورة المائدة، الآية: (٣).

يؤكل عندنا، وعند محمد بن شجاع البلخي ومحمد بن مقاتل الرازي رحمهما الله يؤكل استحساناً، أشار إلى أن القول بالحرمة قياس، ومن مشايخنا رحمهم الله من جعل جواب الاستحسان مذهبنا أيضاً وتركوا القياس.

وجه القياس: أنه لما ثبتت يده عليه فقد خرج من أن يكون صيداً لزوالِ معنى الصيد وهو التوحش والامتناع فيزول الحكم المختص بالصيد وهو اعتبار الجرح ذكاة وصار كالشاة إذا مرضت وماتت في وقت لا يتسع لذبحها أنها لا تؤكل كذا هذا.

وجه الاستحسان: أن الذبح هو الأصل في الذكاة وإنما يقام الجرح مقامه خلفاً عنه وقد وجد شرط بخلافه وهو العجز عن الأصل فيقام الخلف مقامه كما في سائر الأخلاف مع أصولها.

وقال أصحابنا رحمهم الله: لو جرحه السهم أو الكلب فأدركه لكن لم يأخذه حتى مات، فإن كان في وقت لو أخذه يمكنه ذبحه فلم يأخذه حتى مات لم يؤكل، لأن الذبح صار مقدوراً عليه فخرج الجرح من أن يكون ذكاة، وإن كان لا يمكنه ذبحه أكل لأنه إذا لم يأخذه ولا يتمكن من ذبحه لو أخذه بقي ذكاته الجرح السابق، ودلت هذه المسألة على أن جواب الاستحسان في المسألة المتقدمة مذهب أصحابنا جميعاً لأنه لا فرق بين المسألتين سوى أن هناك أخذ وههنا لم يأخذ وما يصنع بالأخذ إذا لم يقدر على ذكاته؟!.

وجواب القياس عن هذا: أن حقيقة القدرة والتمكن لا عبرة بها لأن الناس مختلفون في ذلك فإن منهم من يتمكن من الذبح في زمان قليل لهدايته في ذلك، ومنهم من لا يتمكن إلا في زمان طويل لقلة هدايته فيه فلا يمكن بناء الحكم على حقيقة القدرة والتمكن فيقام السبب الظاهر وهو ثبوت اليد مقامها كما في السفر مع المشقة وغير ذلك.

وذكر ابن سماعة في «**نوادره**» رحمه الله عن أبي يوسف: لو أن رجلاً قطع شاة نصفين ثم إن رجلاً فرى أوداجها والرأس يتحرك أو شق بطنها فأخرج ما في جوفها وفرى رجل آخر الأوداج فإن هذا لا يؤكل، لأن الأول قاتل.

وذكر القدوري رحمه الله: أن هذا على وجهين إن كانت الضربة مما يلي العجز لم تؤكل الشاة، وإن كانت مما يلي الرأس أكلت لأن العروق المشروطة في الذبح متصلة من القلب إلى الدماغ، فإذا كانت الضربة مما يلي الرأس فقد قطعها فحلت وإن كانت مما يلي العجز فلم يقطعها فلم تحل.

وأما خروج الدم بعد الذبح فيما لا يحل إلا بالذبح فهل هو من شرائط الحل فلا رواية فيه، واختلف المشايخ على ما ذكرنا فيما تقدم، وكذا التحرك بعد الذبح هل هو شرط ثبوت الحل فلا رواية فيه أيضاً عن أصحابنا.

وذكر في بعض الفتاوى: أنه لا بد من أحد شيئين، إما التحرك وإما خروج الدم، فإن لم يوجد لا يحل كأنه جعل وجود أحدهما بعد الذبح علامة الحياة وقت الذبح، فإذا لم يوجد لم تعلم حياته وقت الذبح فلا يحل، وقال بعضهم: إن علم حياته وقت الذبح بغير التحرك يحل، وإن لم يتحرك بعد الذبح ولا خرج منه الدم والله أعلم.

ومنها: ما يخص الذكاة الاضطرارية وهو أن لا يكون صيد الحرم، فإن كان لا يؤكل ويكون ميتة سواء كان المذكي محرماً أو حلالاً، لأن التعرض لصيد الحرم بالقتل والدلالة والإشارة محرم حقاً لله تعالى، قال الله تعالى: ﴿أولم يروا أنا جعلنا حرماً آمناً ويتخطف الناس من حولهم﴾[(١)].

وقال النبي عليه الصلاة والسلام في صفة الحرم: «ولا يُنفَّر صيدُه»[(٢)] والفعل في المحرم شرعاً لا يكون ذكاة وسواء كان مولده الحرم أو دخل من الحل إليه لأنه يضاف إلى الحرم في الحالين فيكون صيد الحرم.

وأما الذي يرجع إلى آلة الذكاة، فمنها أن يكون ما يصطاد به من الجوارح من الحيوانات من ذي الناب من الباع وذي المخلب من الطير معلماً لقوله تعالى ﴿وما علمتم من الجوارح﴾[(٣)] معطوفاً على قوله سبحانه وتعالى: ﴿يسألونك ماذا أحل لهم قل أحل لكم الطيبات﴾[(٤)] أي أحل لكم الطيبات وأحل لكم ما علمتم من الجوارح، أي الاصطياد بما علمتم من الجوارح كأنهم سألوا النبي عليه الصلاة والسلام. عما يحل لهم الاصطياد به من الجوارح أيضاً مع ما ذكر في بعض القصة أن النبي عليه الصلاة والسلام لما أمر بقتل الكلاب أتاه ناس فقالوا ماذا يحل لنا من هذه الأمة التي أمرت بقتلها فنزل قوله تعالى: ﴿يسألونك﴾[(٥)] الآية ففي الآية الكريمة اعتبار الشرطين وهما الجرح والتعليم حيث قال عز شأنه: ﴿وَمَا علمتم مِنَ الجَوارِحِ﴾[(٦)]، لأن الجوارح هي التي تجرح مأخوذ من الجرح.

وقيل: الجوارح الكواسب قال الله عز شأنه: ﴿ويعلم ما جرحتم بالنهار﴾[(٧)] أي كسبتم والحمل على الأول أولى، لأنه حمل على المعنيين لأنها بالجراحة تكسب، وقوله تعالى: ﴿مكلبين﴾ قرىء بالخفض والنصب، وقيل بالخفض صاحب الكلب يقال: كلاب ومكلب وبالنصب الكلب المعلم، وقيل المكلبين بالخفض الكلاب التي يكالبن الصيد/ أي يأخذنه عن شدة فالكلب هو الأخذ عن شدة ومنه الكلوب للآلة التي يؤخذ بها الحديد. [ب/٣٨٤/ج]

وقوله جلت عظمته: ﴿تعلمونهن﴾ أي تعلمونهن ليمسكن الصيد لكم ولا يأكلن منه وهذا حد التعليم في الكلب عندنا على ما نذكره إن شاء الله تعالى فدلت الآية الكريمة على أن كون الكلب معلماً شرط لإباحة أكل صيده فلا يباح أكل صيد غير المعلم.

---

(١) سورة العنكبوت، الآية: (٦٧).

(٢) أخرجه أحمد في «المسند» (١/٢٢٦، ٣١٥، ٣٥٥).
والبخاري في «الصحيح» كتاب جزاء الصيد: باب لا يحل القتال بمكة (١٨٣٤) كتاب الجزية والموادعة باب إثم الغادر للبر والفاجر (٣١٨٩).
ومسلم في «الصحيح» كتاب الحج باب تحريم مكة وصيدها (١٣٥٣).

(٣) سورة المائدة، الآية: (٤).

(٤) سورة المائدة، الآية: (٤).

(٥) سورة المائدة، الآية: (٤).

(٦) سورة المائدة، الآية: (٤).

(٧) سورة الأنعام، الآية: (٦٠).

وإذا ثبت هذا الشرط في الكلب بالنص ثبت في كل ما هو في معناه من كل ذي ناب من السباع كالفهد وغيره مما يحتمل التعلم بدلالة النص، لأن فعل الكلب إنما يضاف إلى المرسل بالتعليم إذ المعلم هو الذي يعمل لصاحبه فيأخذ لصاحبه ويمسك على صاحبه فكان فعله مضافاً إلى صاحبه، فأما غير المعلم فإنما يعمل لنفسه لا لصاحبه فكان فعله مضافاً إليه لا إلى المرسل لذلك شرط كونه معلماً ثم لا بد من معرفة حد التعليم في الجوارح من ذي الناب كالكلب ونحوه وذي المخلب كالبازي ونحوه.

أما تعليم الكلب فهو أنه إذا أرسل اتبع الصيد وإذا أخذه أمسكه على صاحبه ولا يأكل منه شيئاً، وهذا قول عامة العلماء، وقال مالك رحمه الله: تعليمه أن يتبع الصيد إذا أرسل ويجيب إذا دعي، وهو أحد قولي الشافعي رحمه الله حتى لو أخذ صيداً فأكل منه لا يؤكل عندنا وعنده يؤكل.

وجه قوله: أن كونه معلماً إنما شرط للاصطياد فيعتبر حالة الاصطياد وهي حالة الاتباع فأما الإمساك على صاحبه وترك الأكل يكون بعد الفراغ عن الاصطياد فلا يعتبر في الحد.

ولنا: الكتاب والسنة والمعقول؛ أما الكتاب فقوله عز وجل: ﴿تعلمونهنَّ مِمَا عَلَّمَكُمُ ٱللَّهُ فَكلوا مِما أمسكْنَ عَلَيْكُمْ﴾[1] في الآية الكريمة إشارة إلى أن حد تعليم الكلب وما هو في معناه ما قلنا وهو الإمساك على صاحبه وترك الأكل منه، لأنه شرط التعليم، ثم أباح أكل ما أمسك علينا فكان هذا إشارة إلى أن التعليم هو أن يمسك علينا الصيد ولا يأكل منه.

يقرره أن الله تعالى إنما أباح أكل صيد المعلم من الجوارح الممسك على صاحبه ولو لم يكن ترك الأكل من حد التعليم وكان ما أكل منه حلالاً لاستوى فيه المعلم وغير المعلم والممسك على صاحبه وعلى نفسه، لأن كل كلب يطلب الصيد ويمسكه لنفسه حتى يموت إن أرسلت عليه وأغريته إلا المعلم.

وأما السنة: فما روي عن عدي بن حاتم الطائي أنه قال: قلت: يا رسول الله إنا قوم نتصيد بهذه الكلاب والبزاة فما يحل لنا منها؟ فقال عليه الصلاة والسلام: «**يحلُّ لَكُمْ مَا علمتم مِنْ الجوارحِ مكلبينَ تعلمونهن مَا علمكم اللَّه فَكلوا مما أمسكنَ عليكمْ مما علمتموهنَّ من كلبٍ أو بازٍ وذكرتم اسمَ اللَّهِ علَيه**» قلت فإن قتل: قال عليه الصلاة والسلام: «**إذا قتله ولم يأكل منه فكل فإنما أمسك عليك وإن أكل فلا تأكل فإنما أمسك على نفسه**، فقلت: **يا رسول الله: أرأيت إن خالط كلابنا كلاب أخرى**». قال عليه الصلاة والسلام: «**إن خالطت كلابك كلاب أخرى فلا تأكل فإنك إنما ذكرت اسم الله تعالى على كلبك ولم تذكره على كلب غيرك**»[2].

---

(١) سورة المائدة، الآية: (٤).

(٢) أخرجه البخاري في «الصحيح» كتاب الذبائح والصيد باب ما أصاب المعراض لعرضه (٥٤٧٧) وكتاب الصيد باب ما جاء في صيد الكلب وما لا يؤكل (١٤٦٥).
ومسلم في «الصحيح» كتاب الصيد باب الصيد بالكلاب المعلمة (١٩٢٩).
وأحمد في «المسند» (٤/ ٢٥٨، ٣٧٧، ٣٨٠).
والنسائي في «السنن» كتاب الصيد باب صيد الكلب المعلم (٧/ ١٨٠، ١٨١).
وابن ماجه في «السنن» كتاب الصيد باب صيد المعراض (٣٢١٥).

وعن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال: « إذا أكل الكلب من الصيد فليس بمعلم»[١]، وعنه أيضاً أنه قال: إذا أكل الكلب فلا تأكل وإذا أكل الصقر فكل[٢] لأن الكلب يستطيع أن تضربه والصقر لا، وعن ابن سيدنا عمر رضي الله عنهما أنه قال: إذا أكل الكلب من الصيد فلا تأكل واضربه.

وأما المعقول فمن وجهين: **أحدهما**: أن أخذ الصيد وقتله مضاف إلى المرسل وإنما الكلب آلة الأخذ والقتل وإنما يكون مضافاً إليه إذا أمسك لصاحبه لا لنفسه، لأن العامل لنفسه يكون عمله مضافاً إليه لا إلى غيره، والإمساك على صاحبه أن يترك الأكل منه وهو حد التعليم.

والثاني: أن تعليم الكلب ونحوه هو تبديل طبعه وفطامه عن العادة المألوفة ولا يتحقق ذلك إلا بإمساك الصيد لصاحبه وترك الأكل منه لأن الكلب ونحوه من السباع من طباعهم أنهم إذا أخذوا الصيد فإنما يأخذونه لأنفسهم ولا يصبرون على أن لا يتناولوا منه، فإذا أخذ واحد منهم الصيد ولم يتناول منه دل أنه ترك عادته حيث أمسك لصاحبه ولم يأكل منه، فإذا أكل منه دل أنه على عادته سواء اتبع الصيد إذا أُغْرِيَ واستجاب إذا دُعِيَ أو لا لأنه ألوف في الأصل يجيب إذا دُعِيَ ويتبع إذا أُغْرِيَ فلا يصلح ذلك دليلاً على تعلمه فثبت أن معنى التعليم لا يتحقق إلا بما قلنا وهو أن يمسك الصيد على صاحبه ولا يأكل منه، ثم في ظاهر الرواية عن أبـي حنيفة رضي الله عنه :لا توقيت في تعليمه أنه إذا أخذ صيداً ولم يأكل منه هل يصير معلماً أم يحتاج فيه إلى التكرار، وكان يقول إذا كان معلماً فكل كذا ذكر في «**الأصل**»، وهكذا روى بشر بن الوليد رحمه الله عن أبـي يوسف قال: سألت أبا حنيفة رحمه الله ما حد تعليم الكلب قال: أن يقول أهل/ العلم بذلك إنه معلم. [أ/٣٨٥/ج]

وذكر الحسن بن زياد في «**المجرد**» عن أبـي حنيفة رحمه الله أنه قال: لا يأكل ما يصيد أولاً ولا الثاني، ولو أكل الثالث ،وما بعده وأبو يوسف ومحمد رحمهما الله قدراه بالثلاث فقالا: إذا أخذ صيداً فلم يأكل ثم صاد ثانياً فلم يأكل ثم صاد ثالثاً فلم يأكل فهذا معلم، فأبو حنيفة رضي الله عنه على الرواية المشهورة عنه إنما رجع في ذلك إلى أهل الصناعة ولم يقدر فيه تقديراً، لأن حال الكلب في الإمساك وترك الأكل يختلف فقد يمسك للتعليم وقد يمسك للشبع ففوض ذلك إلى أهل العلم بذلك.

وعلى الرواية الأخرى جعل أصل التكرار دلالة التعلم، لأن الشبع لا يتفق في كل مرة فدل تكرار الترك على التعليم، وأبو يوسف ومحمد رحمهما الله قدرا التكرار بثلاث مرات لما أن الثلاث موضوعة لإبداء الأعذار، أصله قضية سيدنا موسى عليه وعلى نبينا أفضل الصلاة والسلام مع العبد الصالح حيث قال له: في المرة الثالثة ﴿**إن سألتك عن شيء بعدها فلا تصاحبني قد بلغت من لدني عذراً**﴾[٣].

ورُوِي عن سيدنا عمر رضي الله عنه أنه قال: من اتجر في شيء ثلاث مرات فلم يربح فلينتقل إلى غيره، ثم إذا صار معلماً في الظاهر على اختلاف الأقاويل وصاد به صاحبه ثم أكل بعد ذلك فما صاد قبل

---

(١) أخرجه البخاري في «الصحيح» معلّقاً كتاب الصيد باب إذا أكل الكلب.
وعبد الرزاق في «المصنف» عن ابن عباس (٨٥١٣، ٨٥٢١) وابن مسعود (٨٥١٢).
(٢) أخرجه عبد الرزاق في «المصنف» عن ابن عباس (٨٥١٤).
والبيهقي في «السنن الكبرى» (٩/ ٢٣٨).
(٣) سورة الكهف، الآية: (٧٦).

ذلك لا يؤكل شيء منه إن كان باقياً في قول أبي حنيفة رحمه الله، وعن أبي يوسف ومحمد رحمهما الله: يؤكل كله.

وجه قولهما: أن أكل الكلب يحتمل أن يكون لعدم التعلم ويحتمل أن يكون مع التعلم لفرط الجوع، ويحتمل أن يكون للنسيان لأن المعلم قد ينسى فلا يحرم ما تقدم من الصيود بالشك والاحتمال.

ولأبي حنيفة رحمه الله: أن علامة التعلم لما كانت ترك الأكل، فإذا أكل بعد ذلك علم أنه لم يكن معلماً، وإن إمساكه لم يكن لصيرورته معلماً بل لشبعه في الحال إذ غير المعلم قد يمسكه بشبعه للحال إلى وقت الحاجة فاستدللنا بأكله بعد ذلك على أن إمساكه في الوقت الذي قبله كان على غير حقيقة التعليم أو يحتمل ذلك فلا تحل مع الاحتمال احتياطاً.

ومن المشايخ من حمل جواب أبي حنيفة رحمه الله على ما إذا كان زمان الأكل قريباً من زمان التعليم، لأنه إذا كان كذلك فالأكل يدل على عدم التعلم وأنه إنما ترك الأكل فيما تقدم للشبع لا للتعليم لأن المدة القصيرة لا تتحمل النسيان في مثلها فإذا طالت المدة فيجوز أن يقال إنه يؤكل ما بقي من الصيود المتقدمة، لأنه يحتمل أن يكون الأكل للنسيان لا لعدم التعلم لوجود مدة لا يندر النسيان في مثلها إلا أن ظاهر الرواية عنه مطلق عن هذا التفصيل وإطلاق الرواية يقتضي أنه لا يؤكل على كل حال والوجه ما ذكرنا.

وأما قولهم: إن النسيان لا يندر عند طول المدة فنقول من تعلم حرفة بتمامها وكمالها فالظاهر أنه لا ينساها بالكلية، وإن طالت مدة عدم الاستعمال لكن ربما يدخلها خلل كصنعة الكتابة والخياطة والرمي إذا تركها صاحبها مدة طويلة فلما أكل وحرفته ترك الأكل دل أنه لم يكن تعلم الحرفة من الأصل وأنه إنما لم يأكل قبل ذلك لا للتعلم بل لشبعه في الحال فلا تحل صيوده المتقدمة.

وأما في المستقبل فلا يحل صيده إلا بتعليم مستأنف بلا خلاف، فأما على قول أبي حنيفة رضي الله عنه فلأنه تبين بالأكل أنه لم يكن معلماً، وأن ترك الأكل لم يكن للتعلم بل لشبعه للحال.

وأما على قولهما: فلأنه يحتمل أن يكون لم يتعلم كما قال أبو حنيفة رحمه الله ويحتمل أنه نسي وكيف ما كان لا يحل صيده في المستقبل إلا بتعليم مبتدأ وتعليمه في الثاني بما به تعليمه في الأول وقد ذكرنا الاختلاف فيه.

ولو جرح الكلب الصيد وولغ في دمه يؤكل لأنه قد أمسك الصيد على صاحبه وإنما لو ولغ فيما أمسك على صاحبه لكان لا يأكله صاحبه وذلك من غاية تعلمه حيث تناول الخبيث وأمسك الطيب على صاحبه.

وذكر في «**الأصل**» في رجل أرسل كلبه على صيد وهو معلم فأخذ صيداً فقتله وأكل منه ثم اتبع آخر فقتله ولم يأكل منه قال لا يؤكل واحد منهما لأنه لما أكل دل على عدم التعلم أو على النسيان فلا يحل صيده بعد ذلك، فإن أخذ الكلب المعلم صيداً فأخذه منه صاحبه وأخذ صاحب الكلب من الصيد قطعة فألقاها إلى الكلب فأكلها الكلب فهو على تعلمه، لأن ترك الأكل إنما يعتبر حال أخذه الصيد فأكله بإطعام صاحبه بعد الأخذ لا يقدح في التعلم مع ما أن من عادة الصائد بالكلب أنه إذا أخذ الكلب الصيد أن يطعمه من لحمه ترغيباً له على الصيد فلا يكون أكله بإطعامه دليلاً على عدم التعلم.

وكذلك لو كان صاحب الكلب أخذ الصيد من الكلب ثم وثب الكلب على الصيد فأخذ منه قطعة فأكلها وهو في يد صاحبه فإنه على/ تعلمه، لأن الأكل بعد ثبوت يد الآدمي عليه بمنزلة الأكل من غيره فلا يقدح في [ب/٣٨٥/ج] التعليم.

وكذلك قالوا: لو سرق الكلب من الصيد بعد دفعه إلى صاحبه لأنه إنما يفعل ذلك للجوع، لأن هذا الأكل لم يدخل في التعليم، وإن أرسل الكلب المعلم على صيد فتبعه فنهشه فقطع منه قطعة فأكلها ثم أخذ الصيد بعد ذلك فقتله ولم يأكل منه شيئاً لا يؤكل، لأن الأكل منه في حال الاصطياد دليل على عدم التعلم فإن نهشه فألقى منه بضعة والصيد حي ثم اتبع الصيد بعد ذلك فأخذه فقتله ولم يأكل منه شيئاً يؤكل، لأنه لم يوجد منه ما يدل على عدم التعليم لأنه إنما قطع منه قطعة ليثخنه فيتوصل به إلى أخذه فكان بمنزلة الجرح، وإن أخذ صاحب الكلب الصيد من الكلب بعدما قطعه ثم رجع الكلب بعد ذلك فمر بتلك القطعة فأكلها يؤكل صيده لأنه لو أكل من نفس الصيد في هذه الحالة لا يضر فإذا أكل مما بان منه أولى، وإن اتبع الصيد فنهشه فأخذ منه بضعة فأكلها وهو حي فانفلت الصيد منه ثم أخذ الكلب صيداً آخر في فوره فقتله ولم يأكل منه، ذكر في الأصل وقال أكره أكله، لأن الأكل في حالة الاصطياد يدل على عدم التعليم فلا يؤكل ما اصطاده بعده والله تعالى عز شأنه أعلم.

وأما تعليم ذي المخلب كالبازي أو نحوه فهو أن يجيب صاحبه إذا دعاه ولا يشترط فيه الإمساك على صاحبه حتى لو أخذ الصيد فأكل منه فلا بأس بأكل صيده بخلاف الكلب ونحوه.

والفرق من وجوه:

أحدها: أن التعلم بترك العادة والطبع والبازي من عادته التوحش من الناس والتنفر منهم بطبعه فألفه بالناس وإجابته صاحبه إذا دعاه يكفي دليلاً على تعلمه بخلاف الكلب فإنه ألوف بطبعه يألف بالناس ولا يتوحش منهم فلا يكفي هذا القدر دليل التعلم في حقه فلا بد من زيادة أمر وهو ترك الأكل.

والثاني: أن البازي إنما يعلم بالأكل فلا يحتمل أن يخرج بالأكل عن حد التعليم بخلاف الكلب.

والثالث: أن الكلب يمكن تعليمه بترك الأكل بالضرب، لأن جثته تتحمل الضرب والبازي لا لأن جثته لا تتحمل.

وقد روي عن سيدنا علي وابن عباس وسلمان الفارسي[1] رضي الله عنهم أنهم قالوا إذا أكل الصقر فكل وإن أكل الكلب فلا تأكل؛ ومنها الإرسال أو الزجر عند عدمه على وجه ينزجر بالزجر فيما يحتمل ذلك وهو الكلب وما في معناه حتى لو ترسل بنفسه ولم يزجره صاحبه فيما ينزجر بالزجر لا يحل صيده الذي قتله لأن الإرسال في صيد الجوارح أصل ليكون القتل والجرح مضافاً إلى المرسل إلا أن عند عدمه يقام الزجر مقام الانزجار فيما يحتمل قيام ذلك مقامه، فإذا لم يوجد فلا تثبت الإضافة فلا يحل.

ولو أرسل مسلم كلبه وسمى فزجره مجوسي فانزجر يؤكل صيده، ولو أرسل مجوسي كلبه فزجره

(١) أخرجه عبد الرزاق في «المصنف» عن سلمان (٨٥١٨) وكذلك البيهقي في «السنن الكبرى» (٩/ ٢٣٧).

مسلم فانزجر لا يؤكل صيده، وكذلك لو أرسل مسلم كلبه وترك التسمية عمداً فاتبع الصيد ثم زجره فانزجر لا يؤكل صيده؛ ولو لم يرسله أحد وانبعث بنفسه فاتبع الصيد فزجره مسلم وسمى فانزجر يؤكل صيده؛ وإن لم ينزجر لا يؤكل وإنما كان كذلك، لأن الإرسال هو الأصل والزجر كالخلف عنه والخلف يعتبر حال عدم الأصل لا حال وجوده ففي المسائل الثلاث وجد الأصل فلا يعتبر الخلف إلا أن في المسألة الأولى المرسل من أهل الإرسال فيؤكل صيده، وفي المسألة الثانية لا فلا يؤكل، وفي المسألة الرابعة لم يوجد الأصل فيعتبر الخلف فيؤكل صيده إن انزجر، وإن لم يَنْزَجِر لا يؤكل، لأن الزجر بدون الانزجار لا يصلح خلفاً عن الإرسال فكان ملحقاً بالعدم فيصير كأنه يرسل بنفسه من غير إرسال ولا زجر.

ولو أرسله مسلم وسمَّى وزجره رجل ولم يسم على زجره فأخذ الصيد وقتله يؤكل لما ذكرنا أن العبرة للإرسال فيعتبر وجود التسمية عنده، وأصل آخر لتخريج هذه المسائل ما ذكره بعض مشايخنا أن الدلالة لا تعتبر إذا وجد الصريح وإذا لم يوجد تعتبر، ففي المسائل الثلاث وجد من الكلب صريح الطاعة بالإرسال حيث عدا بإرساله وانزجاره طاعة للزاجر بطريق الدلالة فلا يعتبر في مقابلة الصريح، وفي المسألة الرابعة لم يوجد الصريح فاعتبرت الدلالة.

وعلى هذا يخرج بقية المسائل: ومنها الإرسال وهو أن يكون أخذ الكلب أو البازي الصيد في حال فور/ الإرسال لا في حال انقطاعه حتى لو أرسل الكلب أو البازي على صيد وسمى فأخذ صيداً وقتله ثم أخذ [١/٣٨٦ج] آخر على فوره ذلك وقتله ثُم وثُم يؤكل ذلك كله، لأن الإرسال لم ينقطع فكان الثاني كالأول مع ما بينا أن التعيين ليس بشرط في الصيد، لأنه لا يمكن فكان أخذ الكلب أو البازي الصيد في فور الإرسال كوقوع السهم بصيدين، فإن أخذ صيداً وجثم عليه طويلاً ثم مرَّ به آخر فأخذه وقتله لم يؤكل إلا بإرسال مستقبل أو بزجره وتسمية على وجه ينزجر فيما يحتمل الزجر لبطلان الفور.

وكذلك إن أرسل كلبه أو بازه على صيد فعدل عن الصيد يمنةً أو يسرةً وتشاغل بغير طلب الصيد وفتر عن سننه ذلك ثم تبع صيداً آخر فأخذه وقتله لا يؤكل إلا بإرسال مستأنف أو أن يزجره صاحبه ويسمي فينزجر فيما يحتمل الزجر لأنه لما تشاغل بغير طلب الصيد فقد انقطع حكم الإرسال؛ فإذا صاد صيداً بعد ذلك فقد ترسل بنفسه فلا يحل صيده إلا أن يزجره صاحبه فيما يحتمل الزجر لما بينا.

وإن كان الذي أرسل فهداً والفهد إذا أرسل كمن ولا يتبع حتى يستمكن فيمكث ساعة ثم يأخذ الصيد فيقتله فإنه يؤكل.

وكذلك الكلب إذا أرسل فصنع كما يصنع الفهد فلا بأس بأكل ما صاد، لأن حكم الإرسال لم ينقطع بالكمون لأنه إنما يكمن ليتمكن من الصيد فكان ذلك من أسباب الاصطياد ووسيلة إليه فلا ينقطع به حكم الإرسال كالوثوب والعدو، وكذلك البازي إذا أرسل فسقط على شيء ثم طار فأخذ الصيد فإنه يؤكل، لأنه إنما يسقط على شيء ليتمكن من الصيد فكان سقوطه بمنزلة كمون الفهد.

وكذلك الرامي إذا رمى صيداً بسهم، فما أصابه في سننه ذلك ووجهه أكل لأنه إذا مضى في سننه فلم ينقطع حكم الرمي فكان ذهابه بقوة الرامي فكان قتله مضافاً إليه فيحل، فإن أصاب واحداً ثم نفذ إلى آخر

وآخر أكل الكل لما قلنا مع ما أن تعيين الصيد ليس بشرط، فإن أمالت الريح السهم إلى ناحية أخرى يميناً أو شمالاً فأصاب صيداً آخر لم يؤكل، لأن السهم إذا تحول عن سننه فقد انقطع حكم الرمي فصارت الأصابة بغير فعل الرامي فلا يحل كما لو كان على جبل سيف فألقته الريح على صيد فقتله أنه لا يؤكل كذا هذا.

فإن لم ترده الريح عن وجهه ذلك أكل الصيد، لأنه إذا مضى في وجهه كان مضيه بقوة الرامي وإنما الريح إعانته ومعونة الريح السهم مما لا يمكن الاحتراز عنه فكان ملحقاً بالعدم، فإن أصابت الريح السهم وهي ريح شديدة فدفعته لكنه لم يتغير عن وجهه فأصاب السهم الصيد فإنه يؤكل، لأنه مضى في وجهه ومعونة الريح إذا لم تعدل السهم عن وجهه لا يمكن التحرز عنه فلا يعتبر، ولو أصاب السهم حائطاً أو صخرة فرجع فأصاب صيداً فإنه لا يؤكل، لأن فعل الرامي انقطع وصارت الإصابة في غير جهة الرمي، فإن مر السهم بين الشجر فجعل يصيب الشجر في ذلك الوجه لكن السهم على سننه فأصاب صيداً فقتله فإنه يؤكل، فإن رده شيء من الشجر يمنة أو يسرة لا يؤكل لما بينا، فإن مر السهم فحجشه حائط وهو على سننه ذلك فأصاب صيداً فقتله أكل، لأن فعل الرامي لم ينقطع وإنما أصاب السهم الصيد والحائط وذلك لا يمنع الحل.

وروي عن أبي يوسف رحمه الله أن حكم الإرسال لا ينقطع بالتغير عن سننه يميناً وشمالاً إلا إذا رجع من ورائه، ولو أن رجلاً رمى بسهم وسمى ثم رمى رجل آخر بسهم وسمى فأصاب السهم الأول السهم الثاني قبل أن يصيب الصيد فرده عن وجهه ذلك فأصاب صيداً فقتله فإنه لا يؤكل لأنه لما رده السهم الثاني عن سننه انقطع حكم الرمي فلا يتعلق به الحل.

قال القدوري: وهذا محمول على أن الرامي الثاني لم يقصد الاصطياد، لأن القتل حصل بفعله وهو لم يقصد الاصطياد فلا يحل، فأما إذا كان الثاني رمى للاصطياد فيحل أكل الصيد وهو للثاني لأنه مات بفعله، وإن لم يقصده بالرمي وتعيين المرمي إليه ليس بشرط.

ولو أن رجلين رمى كل واحد منهما صيداً بسهم فأصابا الصيد جميعاً ووقعت الرميتان بالصيد معاً فمات فإنه لهما ويؤكل، أما حل الأكل فظاهر، وأما كون الصيد لهما فلأنهما اشتركا في سبب الاستحقاق وتساويا فيه فيتساويان في الاستحقاق، فإن أصابه سهم الأول فوقذه ثم أصابه سهم الآخر فقتله، قال أبو يوسف رحمه الله: يؤكل،/ والصيد للأول؛ وقال زفر رحمه الله: لا يؤكل وهذا فرع اختلافهم في أن المعتبر في الرمي حال الرمي أو حال الإصابة، فعند أصحابنا الثلاثة المعتبر حال الرمي، وعند زفر حال الإصابة. [ب/٣٨٦/ج]

ووجه البناء على هذا الأصل: أن المعتبر لما كان حال الرمي عندنا فقد وجد الرمي منهما والصيد ممتنع فلا يتعلق بالسهم الثاني حظر إلا أن الملك للأول لأن سهمه أخرجه من حيز الامتناع فصار السهم الثاني كأنه وقع بصيد مملوك فلا يستحق به شيء فكان الاعتبار بحال الرمي في حق الحل والإصابة في حق الملك، لأن الحل يتعلق بالفعل والملك يتعلق بالمحل، ولما كان الاعتبار بحال الإصابة عنده فقد أصابه الثاني والصيد غير ممتنع فصار كمن رمىٰ إلى شاة فقتلها.

وجه قول زفر رحمه الله: الاعتبار حال الإصابة أن الملك يقف ثبوته على الإصابة فإنه لو لم يصب لا يملك فدل أن المعتبر هو وقت الإصابة.

ولنا: أن حال الرمي هو الذي يفعله والتسمية معتبرة عند فعله فكان الاعتبار بحال الرمي، وكذلك إن رمى أحدهما بعد الآخر قبل إصابة الأول فهو كرميهما معاً في القولين، لأن رمي الثاني وجد والصيد ممتنع فصار كما لو رميا معاً، فإن أصابه سهم الأول ولم يخرجه من الامتناع فأصابه الثاني فقتله فهو للثاني، لأن الأول إذا لم يخرجه عن حد الامتناع ففعل الاصطياد وجد من الثاني وللأول تسبب في الصيد فصار كمن أثار صيداً وأخذه غيره أن الصيد يكون للآخذ لا للمثير كذا هذا.

وإن كان سهم الأول وقذه وأخرجه عن الامتناع ثم أصابه سهم الثاني، فهذا على وجوه: إن مات من الأول أكل، وعلى الثاني ضمان ما نقصته جراحته لأن السهم الأول وقع به وهو صيد، فإذا قتله حل وقد ملكه الأول بالإصابة فالجراحة الثانية نقص في ملك الأول فيضمنها الثاني.

وإن مات من الجراحة الثانية لم يؤكل، لأن الثاني رمىٰ إليه وهو غير ممتنع فصار كالرمي إلى الشاة ويضمن الثاني ما نقصته جراحته، لأنه نقص دخل في ملك الغير بفعله ثم يضمن قيمته مجروحاً بجراحتين؛ لأنه أتلف بفعله إلا أنه غرم نقصان الجرح الثاني فلا يضمنه ثانياً والجرح الأول نقص حصل بفعل المالك للصيد فلا يضمنه الثاني.

وإن مات من الجراحتين لم يؤكل، لأن أحد الرميين حاظر والآخر مبيح فالحكم للحاظر احتياطاً والصيد للأول لانفراده بسبب ملكه وهو الجراحة المخرجة له من الامتناع، وعلى الثاني للأول نصف قيمته مجروحاً بالجراحتين ويضمن نصف ما نقصته الجراحة الثانية لأنه مات بفعلهما فسقط نصف الضمان وثبت نصفه والجراحة الثانية يضمنها الثاني لأنها حصلت في ملك غيره، ولأنه أتلف على شريكه نصيبه حين أخرجه من الإباحة إلى الحظر فيلزمه الضمان، وإن لم يعلم بأي الجراحتين مات فهو كما لو علم أنه مات منهما، لأن كل واحدة من الجراحتن سبب القتل في الظاهر والله عز وجل أعلم.

ولو أرسل كلباً على صيد وسمى فأدرك الكلب الصيد فضربه فوقذه ثم ضربه ثانياً فقتله أكل؛ وكذلك لو أرسل كلبين على صيد فضربه أحدهما فوقذه ثم ضربه الكلب الآخر فقتله فإنه يؤكل، لأن هذا لا يدخل في تعليم الكلب إذ لا يمكن أن يعلم بترك الجرح بعد الجرح الأول فلا يعتبر فكأنه قتله بجرح واحد.

ولو أرسل رجلان كل واحد منهما كلبه على صيد فضربه كلب أحدهما فوقذه ثم ضربه كلب الآخر فقتله فإنه يؤكل لما ذكرنا أن جرح الكلب بعد الجرح مما لا يمكن التحفظ عنه فلا يوجب الحظر فيؤكل ويكون الصيد لصاحب الأول لأن جراحة كلبه أخرجته عن حد الامتناع فصار ملكاً له فجراحة كلب الثاني لا تزيل ملكه عنه.

ومنها: أن يكون الإرسال والرمي على الصيد وإليه حتى لو أرسل على غير صيد أو رمى إلى غير صيد فأصاب صيداً لا يحل، لأن الإرسل إلى غير الصيد والرمي إلى غيره لا يكون اصطياداً فلا يكون قتل الصيد وجرحه مضافاً إلى المرسل والرامي فلا تتعلق به الإباحة.

وعلى هذا يخرج ما إذا سمع حساً فظنه صيداً فأرسل عليه كلبه أو بازه أو رماه بسهم فأصاب صيداً أو بان له أن الحس الذي سمعه لم يكن حس صيد وإنما كان شاة أو بقرة أو آدمياً أنه لا يؤكل الصيد الذي أصابه في قولهم جميعاً لأنه تبين أنه أرسل على ما ليس بصيد ورمىٰ إلى ما ليس بصيد فلا يتعلق به الحل لما بينا من الفقه وصار كأنه رمى إلى آدمي أو شاة أو/ بقرة وهو يعلم به فأصاب صيداً أنه لا يؤكل كذا هذا. ١/٣٨٧/ج١

وإن كان الحس حس صيد فأصاب صيداً يؤكل سواء كان ذلك الحس حس صيد مأكول أو غير مأكول بعد أن كان المصاب صيداً مأكولاً، وهذا قول أصحابنا الثلاثة.

وقال زفر: إن كان ذلك الحس حس صيد لا يؤكل لحمه كالسباع ونحوها لا يؤكل، وروي عن أبي يوسف رحمه الله أنه إن كان حس ضبع يؤكل الصيد وإن كان حس خنزير لا يؤكل الصيد. وجه قول زفر أن السبع غير مأكول فالرمي إليه لا يثبت به حل الصيد المأكول، كما لو كان حس آدمي فرمى إليه فأصاب صيداً.

ولنا: أن الإرسال إلى الصيد اصطياد مباح مأكولاً كان الصيد أو غير مأكول فتتعلق به إباحة الصيد المأكول لأن حل الصيد المأكول يتعلق بالإرسال، فإذا كان الإرسال حلالاً يثبت حله إلا أنه لا يثبت بحل الإرسال حل حكم المرسل إليه، لأن حرمته ثبتت لمعنى يرجع إلى المحل فلا تتبدل بالفعل، ولأن المعتبر في الإرسال هو قصد الصيد.

فأما التعيين فليس بشرط لما بينا فيما تقدم، وقد قصد الصيد حلالاً كان أو حراماً، بخلاف ما إذا كان الحس حس آدمي لأن الإرسال على الآدمي ليس باصطياد فضلاً عن أن يكون حلالاً إذ لا يتعلق حل الصيد بما ليس باصطياد؛ وعلى الوجه الثاني لم يوجد منه قصد الصيد فلا يتعلق به الحل.

وجه رواية أبي يوسف رحمه الله في فصله بين سائر السباع وبين الخنزير أن الخنزير محرم العين حتى لا يجوز الانتفاع به بوجه فسقط اعتبار الإرسال عليه والتحق بالعدم، فأما سائر السباع فجائز الانتفاع بها في غير جهة الأكل فكان الإرسال إليها معتبراً، وإن سمع حساً ولكنه لا يعلم أنه حس صيد أو غيره فأرسل فأصاب صيداً لم يؤكل، لأنه إذا لم يعلم استوى الحظر والإباحة فكان الحكم للحظر احتياطاً.

وذكر في «الأصل» فيمن رمى خنزيراً أهلياً فأصاب صيداً قال: لا يؤكل، لأن الخنزير الأهلي ليس بصيد لعدم التوحش والامتناع فكان الرمي إليه كالرمي إلى الشاة فلا يتعلق به حل الصيد، وإن أصاب صيداً مأكولاً، وقد قالوا فيمن سمع حساً فظنه آدمياً فرماه فأصاب الحس نفسه، فإذا هو صيد أكل لأنه رمىٰ إلى المحسوس المعين وهو الصيد فصح.

ونظيره ما إذا قال لامرأته وأشار إليها هذه الكلبة طالق أنها تطلق وبطل الاسم، وقالوا: لو رمى طائراً فأصاب صيداً وذهب المرمي إليه ولم يعلم أوحشي أو مستأنس أكل الصيد، لأن الأصل في الطير التوحش فيجب التمسك بالأصل حتى يعلم الاستئناس.

ولو علم أن المرمي إليه داجن تأوي البيوت لا يؤكل الصيد، لأن الداجن يأويه البيت وتثبت اليد عليه

فكان الرمي إليه كالرمي إلى الشاة وذلك لا يتعلق به الحل كذا هذا.

وقالوا لو رمى بعيراً فأصاب صيداً وذهب البعير فلم يعلم أناد أو غير ناد لم يؤكل الصيد حتى يعلم أن البعير كان ناداً؛ لأن الأصل في الإبل الاستئناس فيتمسك بالأصل حتى يظهر الأمر بخلافه.

واختلفت الرواية عن أبي يوسف رحمه الله فيمن رمى سمكة أو جرادة فأصاب صيداً، فقال في رواية لا يؤكل، لأن السمك والجراد لا ذكاة لهما، وروي عنه أنه يؤكل، لأن المرمي إليه من جملة الصيد، وإن كان لا ذكاة له، وقالوا لو أرسل كلبه على ظبي موثق فأصاب صيداً لم يؤكل؛ لأن الموثق ليس بصيد لعدم معنى الصيد فيه وهو الامتناع فأشبه شاة، ولو أرسل بازه على ظبي وهو لا يصيد الظبي فأصاب صيداً لم يؤكل لأن هذا إرسال لم يقصد به الاصطياد فصار كمن أرسل كلباً على قتل رجل فأصاب صيداً.

ومنها: أن لا يكون ذو الناب الذي يصطاد به من الجوارح محرم العين، فإن كان محرم العين وهو الخنزير فلا يؤكل صيده، لأن محرم العين محرم الانتفاع به والاصطياد به انتفاع به فكان حراماً فلا يتعلق به الحل.

وأما ما سواه من ذي الناب من السباع فقد قال أصحابنا جميعاً كل ذي مخلب وذي ناب علم فتعلم ولم يكن محرم العين فصيد به كان صيده حلالاً لعموم قوله عز شأنه: ﴿وما عَلَّمتُم مِنَ الجَوَارِحِ﴾[1].

وقالوا في الأسد والذئب: إنه لا يجوز الصيد بهما لا لمعنى يرجع إلى ذاتهما بل لعدم احتمال التعلم، لأن التعلم بترك العادة وذلك بترك الأكل وقيل إن من عادتهما أنهما إذا أخذا صيداً لا يأكلانه في الحال فلا يمكن الاستدلال بترك الأكل فيهما على التعلم حتى لو تصور تعليمهما يجوز.

وذكر هشام وقال: سألت محمداً عن الذئب/ إذا علم فصاد فقال هذا أرى أنه لا يكون، فإن كان فلا [ب/٣٨٧/ج] بأس به وقال: سألته عن صيد ابن عرس فأخبرني أن أبا حنيفة رحمه الله قال: إذا علم فتعلم فكل مما صاد فصار الأصل ما ذكرنا أن ما لا يكون محرم العين من الجوارح إذا علم فتعلم يؤكل صيده، والله جل شأنه أعلم.

ومنها: أن يعلم أن تلف الصيد بإرسال أو رمي هو سبب الحل من حيث الظاهر، فإن شاركهما معنى أو سبب يحتمل حصول التلف به والتلف به مما لا يفيد الحل لا يؤكل إلا إذا كان ذلك المعنى مما لا يمكن الاحتراز عنه لأنه إذا احتمل حصول التلف بما لا يثبت به الحل فقد احتمل الحل والحرمة فيرجح جانب الحرمة احتياطاً؛ لأنه إن أكل عسى أنه أكل الحرام فيأثم وإن لم يأكل فلا شيء عليه والتحرز عن الضرر واجب عقلاً وشرعاً.

والأصل فيه ما روي عن رسول الله ﷺ أنه قال لوابصة بن معبد رضي الله عنه: «الحَلاَل بيِّنٌ والحَرَامُ بيِّنٌ وبينهما أُمورٌ مشتَبِهَاتٌ فدَعْ ما يُريبُكَ إلى مَا لاَ يُرِيبُكَ»[2] وقال عبد الله بن مسعود رضي الله عنهما: «ما

(١) سورة المائدة، الآية: (٤).
(٢) تقدم.

اجتمعَ الحلالُ والحرامُ في شيءٍ إلاّ وقَدْ غَلَبَ الحرامُ الحَلاَلَ»[١].

وعلى هذا يخرج ما إذا رمى صيداً وهو يطير فأصابه فسقط على جبل ثم سقط منه على الأرض فمات أنه لا يؤكل وهو تفسير المتردي، لأنه يحتمل أنه مات من الرمي، ويحتمل أنه مات بسقوطه عن الجبل.

وكذلك لو كان على جبل فأصابه فسقط منه شيء على الجبل ثم سقط على الأرض فمات أو كان على سطح فأصابه فهوى فأصاب حائط السطح ثم سقط على الأرض فمات أو كان على نخلة أو شجرة فسقط منها على جذع النخلة أو ند من الشجرة ثم سقط على الأرض فمات أو وقع على رمح مركوز في الأرض وفيه سنان فوقع على السنان ثم وقع على الأرض فمات أو نشب فيه السنان فمات عليه أو أصاب سهمه صيداً فوقع في الماء فمات فيه لا يحل، لأنه يحتمل أنه مات بالرمي، ويحتمل أنه مات بهذه الأسباب الموجودة بعده.

وقد روي عن رسول الله ﷺ أنه قال: «**وإن وقع في الماء فلا تأكله فلعل الماء قتله**»[٢] بين عليه الصلاة والسلام الحكم، وعلل بما ذكرنا من احتمال موته بسبب آخر وهو وقوعه في الماء والحكم المعلل بعلة يتعمم بعموم العلة، ولو أصابه السهم فوقع على الأرض فمات فالقياس أن لا يؤكل لجواز موته بسبب وقوعه على الأرض.

وفي الاستحسان: يؤكل، لأنه لا يمكن الاحتراز عن وقوع المرمي إليه على الأرض، فلو اعتبر هذا الاحتمال لوقع الناس في الحرج، وذكر في المنتقى في الصيد إذا وقع على صخرة فانشق بطنه أو انقطع رأسه أنه لا يؤكل، قال الحاكم الجليل الشهيد المروزي، وهذا خلاف جواب الأصل.

قال القدوري رحمه الله: وعنىٰ به أنه خلاف عموم جواب الأصل؛ لأنه ذكر في الأصل لو وقع على أجرة موضوعة في الأرض أكل ولم يفصل بين أن يكون انشق بطنه أو لم ينشق فهذا يقتضي أن يؤكل في الحالين فيجوز أن يجعل في المسألة روايتان، ويجوز أن يفرق بين الحالين من حيث أن لو انشق بطنه أو انقطع رأسه، فالظاهر أن موته بهذا السبب لا بالرمي فكان احتمال موته بالرمي احتمال خلاف الظاهر فلا يعتبر، وإذا لم ينشق ولم ينقطع فموته بكل واحد من السببين محتمل احتمالاً على السواء إلا أن التحرز غير ممكن فسقط اعتبار موته بسبب العارض.

ويجوز أن يكون المذكور في المنتقى تفسيراً لما ذكر في الأصل فيكون معناه أنه يؤكل إذا لم ينشق بطنه

---

(١) أخرجه البيهقي في «السنن الكبرى» (٧/ ١٦٩) عن ابن مسعود.
قال البيهقي: فإنما رواه جابر الجعفي عن الشعبي وجابر الجعفي ضعيف، والشعبي عن ابن مسعود منقطع وإنما رواه غيره بمعناه عن الشعبي من قوله غير مرفوع إلى عبد الله بن مسعود وذكر السخاوي: وقال الزين العراقي في تخريج «منهاج الأصول»: إنه لا أصل له وكذا أدرجه ابن مفلح في أول كتابه في الأصول فيما لا أصل له «المقاصد» (٩٤١).

(٢) أخرجه البخاري في «الصحيح» كتاب الذبائح والصيد باب الصيد إذا غاب عنه يومين أو ثلاثة (٥٤٨٤).
ومسلم في «الصحيح» كتاب الصيد والذبائح باب الصيد بالكلاب المعلمة (٤٩٥٨، ٤٩٥٩).
والترمذي في «السنن» كتاب الصيد باب ما جاء فيمن يرمي الصيد فيجده ميتاً في الماء (١٤٦٩).
وأبو داود في «السنن» كتاب الصيد باب في الصيد (٢٨٤٩، ٢٨٥٠).
والنسائي في «السنن» كتاب الصيد باب في الذي يرمي الصيد فيقع في الماء (٧/ ١٩٢، ١٩٣).
والدارقطني في «السنن» كتاب الصيد والذبائح (٤/ ٢٩٤).

أو لم ينقطع رأسه فيحمل المطلق على المقيد ويجعل المقيد بياناً للمطلق عند تعذر العمل بهما.

ولو وقع على حرف آجرة أو حرف حجر ثم وقع على الأرض فمات لم يؤكل لما قلنا، ولو كانت الآجرة منطرحة على الأرض فوقع عليها ثم مات أكل لأن الآجرة المنطرحة كالأرض فوقوعه عليها كوقوعه على الأرض، ولو وقع على جبل فمات عليه أكل، لأن استقراره على الجبل كاستقراره على الأرض.

وذكر في «المنتقى» عن أبي يوسف رحمه الله: لو رمى صيداً على قلة جبل فأثخنه حتى صار لا يتحرك ولم يستطع أن يأخذه فرماه فقتله ووقع لم يأكله لأنه خرج عن كونه صيداً بالرمي الأول لخروجه عن حد الامتناع فالرمي الثاني لم يصادف صيداً فلم يكن ذكاة له فلا يؤكل.

وعلى هذا يخرج ما إذا اجتمع على الصيد معلم وغير معلم أو مسمى عليه وغير مسمى أنه لا يؤكل لاجتماع سببي الحظر والإباحة ولم يعلم أيهما قتله، ولو أرسل مسلم كلبه فاتبع الكلب كلب آخر غير معلم لكنه لم يرسله أحد ولم يزجره بعد انبعاثه أو سبع من السباع أو ذو مخلب من الطير مما يجوز أن يعلم فيصاد به فرد الصيد عليه ونهشه أو فعل ما يكون معونة للكلب المرسل/ فأخذه الكلب المرسل وقتله لا يؤكل، لأن [أ/٣٨٨/ج] رد الكلب ونهشه مشاركة في الصيد فأشبه مشاركة المعلم وغير المعلم والمسمى عليه غير المسمى عليه، بخلاف ما إذا رد عليه آدمي أو بقرة أو حمار أو فرس أو ضب، لأن فعل هؤلاء ليس من باب الاصطياد فلا يزاحم الاصطياد في الإباحة فكان ملحقاً بالعدم، فإن تبع الكلب الأول كلب غير معلم ولم يرد عليه ولم يهيب الصيد ولكنه اشتد عليه وكان الذي أخذ وقتل الكلب المعلم لا بأس بأكله لأنهما ما اشتركا في الاصطياد لعدم المعاونة فيحل أكله والله جل شأنه أعلم.

ومنها: أن يلحق المرسل أو الرامي الصيد أو من يقوم مقامه قبل التواري عن عينه أو قبل انقطاع الطلب منه إذا لم يدرك ذبحه، فإن توارى عن عينه وقعد عن طلبه ثم وجده لم يؤكل، فأما إذا لم يتوار عنه أو توارى لكنه لم يقعد عن الطلب حتى وجده يؤكل استحساناً، والقياس أنه لا يؤكل.

وجه القياس: أنه يحتمل أن الصيد مات من جراحة كلبه أو من سهمه، ويحتمل أنه مات بسبب آخر فلا يحل أكله بالشك.

وجه الاستحسان: ما روي أن رسول الله ﷺ **«مرّ بالروحاء على حمار وحش عقير فتبادر أصحابه إليه، فقال دعوه فسيأتي صاحبه فجاء رجل من فهر فقال هذه رميتي يا رسول الله وأنا في طلبها وقد جعلتها لك فأمر رسول الله ﷺ سيدنا أبا بكر رضي الله عنه فقسمه بين الرفاق»**[1]، ولأن الضرورة توجب ذلك لأن هذا مما لا يمكن الاحتراز عنه في الصيد، فإن العادة أن السهم إذا وقع بالصيد تحامل فغاب، وإذا أصاب الكلب الخوف منه غاب، فلو اعتبرنا ذلك لأدى ذلك إلى انسداد باب الصيد ووقوع الصيادين في الحرج فسقط اعتبار الغيبة التي لا يمكن التحرز عنها إذا لم يوجد من الصائد تفريط في الطلب لمكان الضرورة والحرج وعند قعوده عن الطلب لا ضرورة فيعمل بالقياس.

---

(١) تقدم تخريجه.

وقد روي أن رجلاً أهدى إلى النبيّ عليه الصلاة والسلام صيداً، فقال له: «من أين لك هذا؟» فقال: رميته بالأمس وكنت في طلبه حتى هجم عليَّ الليل فقطعني عنه ثم وجدته اليوم ومزراقي فيه، فقال عليه الصلاة والسلام: «**إنه غابَ عَنْكَ ولا أدري لَعَلَّ بعضَ الهَوَامِّ أعانَكَ عَلَيْهِ لاَ حَاجةَ لي فيهِ**»(١) بين عليه الصلاة والسلام الحكم وعليه الحكم وهو ما ذكرنا من احتمال موته بسبب آخر وهذا المعنى لا يتحقق فيه إذا لم يقعد عن الطلب.

وروي عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه سئل عن ذلك، فقال: «**كُلْ ما أصميتَ وَدَع مَا أنْمَيت**»، قال أبو يوسف رحمه الله: الأصماء ما عاينه والإنماء ما توارى عنه.

وقال هشام عن محمد رحمه الله: الأصماء ما لم يتوار عـن بصرك والإنماء ما توارى عن بصرك إلا أنه أقيم الطلب مقام البصر للضرورة، ولا ضرورة عند عدم الطلب، ولأنه إذا قعد عن طلبه فمن الجائز أنه لو كان طلبه لأدركه حياً فيخرج من أن يكون ذكاة فلا يحل بالشك، بخلاف ما إذا لم يقعد عن طلبه لأنه لم يدركه حياً فبقي الجرح ذكاة له والله تعالى أعلم.

وأما ما يستحب من الذكاة وما يكره منها؛ فمنها أن المستحب أن يكون الذبح بالنهار ويكره بالليل.

والأصل فيه ما روي عن رسول الله ﷺ: «**أَنَّهُ نَهى عَنْ الأضحى لَيلاً وَعَنْ الحَصادِ ليلاً**» وهو كراهة تنزيه ومعنى الكراهة يحتمل أن يكون لوجوه.

أحدهما: أن الليل وقت أمن وسكون وراحة فإيصال الألم في وقت الراحة يكون أشد.

والثاني: أنه لا يأمن من أن يخطىء فيقطع يده، ولهذا كره الحصاد بالليل.

والثالث: أن العروق المشروطة في الذبح لا تتبين في الليل فربما لا يستوفي قطعها.

ومنها: أنه يستحب في الذبح حالة الاختيار أن يكون ذلك بآلة حادة من الحديد كالسكين والسيف ونحو ذلك، ويكره بغير الحديد وبالكليل من الحديد لأن السنة في ذبح الحيوان ما كان أسهل على الحيوان وأقرب إلى راحته.

والأصل فيه: ما روينا عن رسول الله ﷺ أنه قال: «**إن الله تعالى عز شأنه كتب الإحسان على كل شيء، فإذا قتلتم فأحسنوا القتلة وإذا ذبحتم فأحسنوا الذبحة وليحد أحدكم شفرته وليرح ذبيحته**» وفي بعض الروايات وليشد قوائمه وليلقه على شقه الأيسر وليوجهه نحو القبلة وليسم الله تعالى عليه والذبح بما قلنا أسهل على الحيوان وأقرب إلى راحته.

ومنها: التذفيف في قطع الأوداج ويكره الإبطاء فيه لما روينا عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال: «**وليُرِحْ ذَبيحتَه**» والإسراع نوع راحة له.

ومنها: الذبح في الشاة والبقرة والنحر في الإبل، ويكره القلب من ذلك لما ذكرنا فيما تقدم والله عز شأنه أعلم.

---

(١) أخرجه عبد الرزاق في «المصنف» (٨٤٥٤، ٨٤٥٦، ٨٤٦١) والبيهقي في «السنن الكبرى» (٩/ ٢٤١، ٤/ ٢٤١).

ومنها: أن يكون ذلك من قبل الحلقوم، ويكره من قبل القفا لما مر. ومنها قطع الأوداج كلها ويكره قطع البعض دون البعض لما فيه من إبطاء فوات حياته.

ومنها: الاكتفاء بقطع الأوداج ولا يبلغ به النخاع وهو العرق الأبيض الذي يكون في عظم الرقبة ولا يبان/ الرأس، ولو فعل ذلك يكره لما فيه من زيادة إيلام من غير حاجة إليها، وفي الحديث: «ألا لا تنخعوا الذبيحة» [ب/٣٨٨/ج] والنخع القتل الشديد حتى يبلغ النخاع.

ومنها: أن يكون الذابح مستقبل القبلة والذبيحة موجهة إلى القبلة لما روينا، ولما روي أن الصحابة رضي الله عنهم كانوا إذا ذبحوا استقبلوا القبلة؛ فإنه روي عن الشعبي أنه قال: كانوا يستحبون أن يستقبلوا بالذبيحة القبلة.

وقوله: كانوا كناية عن الصحابة رضي الله عنهم ومثله لا يكذب، ولأن المشركين كانوا يستقبلون بذبائحهم إلى الأوثان فتستحب مخالفتهم في ذلك باستقبال القبلة التي هي جهة الرغبة إلى طاعة الله عز شأنه، ويكره أن يقول عند الذبح: اللهم تقبل من فلان وإنما يقول ذلك بعد الفراغ من الذبح أو قبل الاشتغال بالذبح هكذا روى أبو يوسف عن أبي حنيفة رحمهما الله عن حماد عن إبراهيم، وكذلك قال أبو يوسف ادع بالتقبل قبل الذبح إن شئت أو بعده.

وقد روينا عن رسول الله ﷺ أنه قال: «**مَوطِنَانِ لا اذكر فِيهما عِنْدَ العطاس وعنْدَ الذَّبح**»[1] وروينا عن ابن مسعود رضي الله عنهما أنه قال: جردوا التسمية عند الذبح ولو قال ذلك لا تحرم الذبيحة، لأنه ما ذكر اسم غير الله عز شأنه على سبيل الاشراك لكنه يكره لتركه التجريد من حيث الصورة.

فإن قيل: أليس أنه روي: «**أن رسول الله ﷺ ضحّى بكبشين أملحين**»[2] أحدهما عن نفسه والآخر عن أمته، فالجواب أنه ليس فيه أنه ذكر مع اسم الله تعالى جل شأنه نفسه عليه الصلاة والسلام أو أمته فيحتمل أنه ضحى أحدهما وذكر اسم الله تعالى ونوى بقلبه أن يكون عنه وضحى الآخر وذكر اسم الله تعالى ونوى بقلبه أن يكون عن أمته، وهذا لا يوجب الكراهة ويكره له بعد الذبح قبل أن تبرد أن ينخعها أيضاً وهو أن ينحرها حتى يبلغ النخاع وأن يسلخها قبل أن تبرد لأن فيه زيادة إيلام لا حاجة إليها فإن نخع أو سلخ قبل أن تبرد فلا

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) أخرجه أحمد في «المسند» (٣/ ٢٦٨، ١١٥، ١٨٣، ٢٢٢، ٢٢٥، ٢٧٢، ٢٧٩).
وأخرجه البخاري في «الصحيح» كتاب الأضاحي باب أضحية النبي ﷺ بكبشين أقرنين (٥٥٥٤) وكتاب الحج باب من نحر هديه بيده (١٧١٢) وباب البدن قائمة (١٧١٤) وباب التحميد والتسبيح والتكبير قبل الإهلال عند الركوب (١٥٥١).
ومسلم في «الصحيح» كتاب الأضاحي باب استحباب الضحية وذبحها مباشرة بلا توكيل (١٩٦٦).
وأبو داود في «السنن» كتاب الأضاحي باب ما يستحب من الضحايا (٢٧٩٤).
والنسائي في «السنن» كتاب الضحايا باب الكبش (٧/ ٢٢٠).
والترمذي في «السنن» كتاب الأضاحي باب ما جاء في الأضحية بكبشين (١٤٩٤).
وابن ماجه في «السنن» كتاب الأضاحي باب أضاحي رسول الله ﷺ (٣١٢٠).

بأس بأكلها لوجود الذبح بشرائطه؛ ويكره جرها برجلها إلى المذبح لأنه إلحاق زيادة ألم بها من غير حاجة إليها في الذكاة.

وروي عن ابن سيرين عن سيدنا عمر رضي الله عنهما أنه رأى رجلاً يسوق شاة ليذبحها سوقاً عنيفاً فضربه بالدرة؛ ثم قال له سقها إلى الموت سوقاً جميلاً لا أم لك، ويكره أن يضجعها ويحد الشفرة بين يديها لما روي أن رسول الله ﷺ رأى رجلاً أضجع شاة وهو يحد الشفرة وهي تلاحظه، فقال عليه الصلاة والسلام: «أوددتَ أنْ تُميتَها موتاتٍ، ألا حَدَدت الشَّفرةَ قبل[1] أنْ تُضجِعَها» وروي عن سيدنا عمر رضي الله عنه أنه رأى رجلاً وقد أضجع شاة ووضع رجله على صفحة وجهها وهو يحد الشفرة فضربه بالدرة فهرب الرجل وشردت الشاة، ولأن البهيمة تعرف الآلة الجارحة كما تعرف المهالك فتتحرز عنها فإذا أحد الشفرة وقد أضجعها يزداد ألمها، وهذا كله لا تحرم به الذبيحة لأن النهي عن ذلك ليس لمعنى في المنهي بل لما يلحق الحيوان من زيادة ألم لا حاجة إليه فكان النهي عنه لمعنى في غير المنهي وأنه لا يوجب الفساد كالذبح بسكين مغصوب والاصطياد بقوس مغصوب ونحو ذلك.

فصل: وأما بيان ما يحرم أكله من أَجْزَاءِ الحيوان المأكول فالذي يحرم أكله منه سبعة: الدم المسفوح والذكر والأنثيان والقُبُل والغدة والمثانة والمرارة لقوله عزّ شأنه: ﴿وَيُحِلُّ لَهُمُ الطَّيِّبَاتِ وَيُحَرِّمُ عَلَيْهِمُ الْخَبَائِثَ﴾[2] وهذه الأشياء السبعة مما تستخبثه الطباع السليمة فكانت محرمة.

وروي عن مجاهد رضي الله عنه أنه قال: «كَرِهَ رسولُ الله ﷺ مِنَ الشَّاةِ الذَّكَرَ والأُنثَيَيْنِ والقُبُلَ والغدَّةَ والمَرَارَةَ والمَثَانَةَ والدَّمَ»[3] فالمراد منه كراهة التحريم بدليل أنه جمع بين الأشياء الستة وبين الدم في الكراهة والدم المسفوح محرم، والمروي عن أبي حنيفة رحمه الله أنه قال: الدم حرام وأكره الستة أطلق اسم الحرام على الدم المسفوح وسمى ما سواه مكروهاً، لأن الحرام المطلق ما ثبتت حرمته بدليل مقطوع به وحرمة الدم المسفوح قد ثبتت بدليل مقطوع به وهو النصّ المفسَّر من الكتاب العزيز، قال الله تعالى عز شأنه: ﴿قُل لَّآ أَجِدُ فِيمَا أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّماً﴾[4] إلى قوله عز شأنه: ﴿أَوْ دَماً مَّسْفُوحاً أَوْ لَحْمَ خِنزِيرٍ﴾[5] وانعقاد الإجماع أيضاً على حرمته، فأما حرمة ما سواه من الأشياء الستة فما ثبتت بدليل مقطوع به بل بالاجتهاد أو بظاهر الكتاب العزيز المحتمل للتأويل أو الحديث لذلك فصل بينهما في الاسم فسمى ذلك حراماً وذا مكروهاً والله عزّ اسمُه أعلم.

---

(١) أخرجه الحاكم في «المستدرك» (٤/٢٣٣) وعبد الرزاق في «المصنف» مرسلاً (٤/٤٩٣) والطبراني في «مجمع الزوائد» (٤/٣٣).

(٢) سورة الأعراف، الآية: (١٥٧).

(٣) أخرجه عبد الرزاق في «المصنف» (٨٧٧١).
والبيهقي في «السنن الكبرى» كتاب الضحايا (١٠/٧).
وأبو داود في «المراسيل» (٤٢٤).

(٤) سورة الأنعام، الآية: (١٤٥).

(٥) سورة الأنعام، الآية: (١٤٥).

كتاب الاصطياد

قد بينا في كتاب الذبائح والصيود ما يؤكل من الحيوانات وما يحرم أكله منها وما يكره والآن نبين في كتاب الاصطياد ما يباح اصطياده وما لا يباح ومن يباح له الاصطياد و/ من لا يباح له فقط. [أ/٣٨٩/ج]

أما الأول: فيباح اصطياد ما في البحر والبر مما يحل أكله وما لا يحل أكله غير أن ما يحل أكله يكون اصطياده للانتفاع بلحمه وما لا يحل أكله يكون اصطياده للانتفاع بجلده وشعره وعظمه أو لدفع أذيته إلا صيد الحرم فإنه لا يباح اصطياده إلا المؤذي منه لقوله عز شأنه: ﴿أَوَ لَمْ يَرَوا أَنَّا جَعَلْنَا حَرَماً آمِناً﴾[١] وقول النبي عليه الصلاة والسلام في صيد الحرم في حديث فيه طُول: «وَلاَ ينفَّر صَيْدُهُ»[٢] وخص منه المؤذيات بقوله عليه الصلاة والسلام: «خمسٌ مِنَ الفَوَاسِق يُقْتَلْنَ في الحِلِّ وَالحَرَمِ»[٣].

وأما الثاني: فيباح اصطياد ما في البحر للحلال والمحرم ولا يباح اصطياد ما في البرللمحرم خاصة لقوله تعالى: ﴿أُحِلَّ لَكُمْ صَيْدُ البَحْرِ﴾[٤] إلى قوله تعالى: ﴿وحُرِّمَ عَلَيكُمْ صَيْدُ البَرِّ مَا دُمْتُمْ حُرُماً﴾[٥] والفصل بين صيد البر والبحر وغير ذلك من المسائل بيناه في كتاب الحج والله عز شأنه الموفق.

---

(١) سورة العنكبوت، الآية: (٦٧).

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) سورة المائدة، الآية: (٩٦).

(٥) سورة المائدة، الآية: (٩٦).

كتاب التضحية

يحتاج لمعرفة مسائل هذا الكتاب إلى بيان صفة التضحية وأنها واجبة أو لا وإلى بيان شرائط الوجوب لو كانت واجبة، وإلى بيان وقت الوجوب وإلى بيان كيفية الوجوب، وإلى بيان محل إقامة الواجب، وإلى بيان شرائط جواز إقامة الواجب وإلى بيان ما يستحب أن يفعل قبل التضحية وعندها وبعدها وما يكره كراهة تحريم أو تنزيه.

أما صفة التضحية فالتضحية نوعان: واجب وتطوع، والواجب منها أنواع منها: ما يجب على الغني والفقير.

ومنها: ما يجب على الفقير دون الغني، ومنها ما يجب على الغني دون الفقير.

أما الذي يجب على الغني والفقير فالمنذور به بأن قال لله عليّ أن أضحي شاة أو بدنه أو هذه الشاة أو هذه البدنة، أو قال جعلت هذه الشاة ضحية أو أضحية وهو غني أو فقير، لأن هذه قربة لله تعالى عز شأنه من جنسها إيجاب وهو هدي المتعة والقِران والإحصار وفداء إسماعيل عليه الصلاة والسلام وقيل هذه القربة تلزم بالنذر كسائر القرب التي لله تعالى عز شأنه من جنسها إيجاب من الصلاة والصوم ونحوهما والوجوب بسبب النذر يستوي فيه الفقير والغني، وإن كان الواجب يتعلق بالمال كالنذر بالحج أنه يصح من الغني والفقير جميعاً.

وأما الذي يجب على الفقير دون الغني فالمشتري للأضحية إذا كان المشتري فقيراً بأن اشترى فقير شاة ينوي أن يضحي بها.

وقال الشافعي رحمه الله: لا تجب[1]، وهو قول الزعفراني من أصحابنا، وإن كان غنياً لا يجب عليه بالشراء شيء بالاتفاق.

وجه قول الشافعي رحمه الله: أن الإيجاب من العبد يستدعي لفظاً يدل على الوجوب، والشراء بنية الأضحية لا يدل على الوجوب فلا يكون إيجاباً، ولهذا لم يكن إيجاباً من الغني.

ولنا: أن الشراء للأضحية ممن لا أضحية عليه يجري مجرى الإيجاب وهو النذر بالتضحية عرفاً، لأنه إذا اشترى للأضحية مع فقره فالظاهر أنه يضحي فيصير كأنه قال جعلت هذه الشاة أضحية بخلاف الغني، لأن الأضحية واجبة عليه بإيجاب الشرع ابتداء فلا يكون شراؤه للأضحية إيجاباً بل يكون قصداً إلى تفريغ ما في

---

(١) انظر «مختصر المزني» صفحة (٢٨٤) و «المبسوط» (١٢/٨).

ذمته، ولو كان في ملك إنسان شاة فنوى أن يضحي بها أو اشترى شاة ولم ينو الأضحية وقت الشراء، ثم نوى بعد ذلك أن يضحي بها لا يجب عليه سواء كان غنياً أو فقيراً لأن النية لم تقارن الشراء فلا تعتبر.

وأما الذي يجب على الغني دون الفقير فما يجب من غير نذر ولا شراء للأضحية بل شكراً لنعمة الحياة وإحياء لميراث الخليل عليه الصلاة والسلام حين أمره الله تعالى عز اسمه بذبح الكبش في هذه الأيام فداء عن ولده ومطية على الصراط ومغفرة للذنوب وتكفيراً للخطايا على ما نطقت بذلك الأحاديث وهذا قول أبي حنيفة ومحمد وزفر والحسن بن زياد وإحدى الروايتين عن أبي يوسف رحمهم الله.

وروي عن أبي يوسف[1] رحمه الله أنها لا تجب، وبه أخذ الشافعي رحمه الله وحجة هذه الرواية ما روي عن رسول الله ﷺ أنه قال: «ثَلاثٌ كُتِبَتْ عليَّ وَلَمْ تُكْتَبْ عَلَيكم الوتر والضُّحى والأضحى»[2] وروي ثلاث كتبت علي وهي لكم سنة، وذكر عليه الصلاة والسلام الأضحية والسنة غير الواجب في العرف.

وروي أن سيدنا أبا بكر، وسيدنا عمر رضي الله عنهما كانا لا يضحيان السنة والسنتين، وروي عن أبي مسعود الأنصاري رضي الله عنه أنه قال: قد يروح على ألف شاة ولا أضحي بواحدة مخافة أن يعتقد جاري أنها واجبة، ولأنها لو كانت واجبة لكان لا فرق فيها بين المقيم والمسافر لأنهما لا يفترقان في الحقوق المتعلقة بالمال كالزكاة وصدقة الفطر، ثم لا تجب على المسافر فلا تجب على المقيم.

ولنا: قوله عز وجل: ﴿فَصَلِّ لِرَبِّكَ وَانْحَرْ﴾[3] قيل في التفسير: صل صلاة العيد وانحر البدن بعدها، وقيل صل الصبح بجمع وانحر بمنى. ومطلق الأمر للوجوب في حق العمل ومتى وجب على النبي عليه الصلاة والسلام يجب على الأمة لأنه قدوة للأمة.

فإن قيل: قد قيل في بعض وجوه التأويل لقوله عز شأنه: ﴿وَانْحَرْ﴾ أي ضع يديك/ على نحرك في [ب/٣٨٩/ج] الصلاة، وقيل استقبل القبلة بنحرك في الصلاة، فالجواب أن الحمل على الأول أولى، لأنه حمل اللفظ على فائدة جديدة والحمل على الثاني حمل على التكرار، لأن وضع اليد على النحر من أفعال الصلاة عندكم يتعلق به كمال الصلاة واستقبال القبلة من شرائط الصلاة لا وجود للصلاة شرعاً بدونه فيدخل تحت الأمر بالصلاة فكان الأمر بالصلاة أمراً به فحمل قوله عز شأنه: ﴿وَانْحَرْ﴾ عليه يكون تكراراً والحمل على ما قلناه يكون حملاً على فائدة جديدة فكان أولى.

---

(١) انظر «مختصر الطحاوي» صفحة (٣٠٠) و «المبسوط للسرخسي» (١٢/٨).

(٢) أخرجه أحمد في «المسند» (١/ ٢٣١).
وأخرجه الحاكم في «المستدرك» (١/ ٣٠٠) وقال الذهبي: ما تكلم الحاكم عليه وهو غريب منكر ويحيى ضعفه النسائي والدارقطني.
والبيهقي في «السنن الكبرى» (٢/ ٤٦٨) وقال: أبو جناب الكلبي اسمه يحيى بن أبي حية ضعيف وكان يزيد بن هارون يصدقه ويرميه بالتدليس.
وكذلك (٩/ ٢٦٤).
وعبد بن حميد في «المسند» (٥٨٨).
والدارقطني في «السنن» (٢/ ٢١).

(٣) سورة الكوثر، الآية: (٢).

وروي عن النبي ﷺ أنه قال: «ضَحّوا فإنّها سُنَّةُ أبيكم إبراهيمَ عليه الصّلاة والسلام»[١] أمر عليه الصلاة والسلام بالتضحية والأمر المطلق عن القرينة يقتضي الوجوب في حق العمل.

وروي عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال: «على أهلِ كُلِّ بيتٍ في كلِّ عامٍ أضحاةٌ وعتيرةٌ»[٢].

وعلى كلمة إيجاب ثم نسخت العتيرة فثبتت الأضحاة، وروي عنه عليه السلام أنه قال: «مَنْ لم يضحِ فلا يقربنَّ مُصَلاّنَا»[٣] وهذا خرج مخرج الوعيد على ترك الأضحية ولا وعيد إلا بترك الواجب، وقال عليه الصلاة والسلام: «مَنْ ذَبَحَ قبل الصلاةِ فليُعِد أضحيتَه ومَنْ لَمْ يذبحْ فليذبحْ بسمِ الله»[٤] أمر عليه الصلاة والسلام بذبح الأضحية وإعادتها إذا ذبحت قبل الصلاة، وكل ذلك دليل الوجوب، ولأن إراقة الدم قربة والوجوب هو القربة في القربات.

وأما الحديث: فنقول بموجبه أن الأضحية ليست بمكتوبة علينا ولكنها واجبة وفرق ما بين الواجب والفرض كفرق ما بين السماء والأرض على ما عرف في أصول الفقه، وقوله: هي لكم سنة إن ثبت لا ينفي الوجوب إذ السنة تنبىء عن الطريقة أو السيرة وكل ذلك لا ينفي الوجوب.

وأما حديث سيدنا أبي بكر وسيدنا عمر رضي الله عنهما فيحتمل أنهما كانا لا يضحيان السنة والسنتين لعدم غناهما لما كان لا يفضل رزقهما الذي كان في بيت المال عن كفايتهما والغنىٰ شرط الوجوب في هذا النوع، وقول أبي مسعود رضي الله عنه لا يصلح معارضاً للكتاب الكريم والسنة مع ما أنه يحتمل أنه كان عليه دين فخاف على جاره لو ضحى أن يعتقد وجوب الأضحية مع قيام الدين، ويحتمل أنه أراد بالوجوب الفرض إذ هو الواجب المطلق فخاف على جاره اعتقاد الفرضية لو ضحى فصان اعتقاده بترك الأضحية فلا يكون حجة مع الاحتمال أو يحمل على ما قلنا توفيقاً بين الدلائل صيانة لها عن التناقض والاستدلال بالمسافر غير سديد؛ لأن فيه ضرورة لا توجد في حق المقيم على ما نذكر في بيان الشرائط إن شاء الله تعالى عز شأنه.

ولو نذر أن يضحي بشاة وذلك في أيام النحر وهو موسر فعليه أن يضحي بشاتين عندنا شاة لأجل النذر

---

(١) أخرجه ابن ماجه في «السنن» كتاب الأضاحي باب ثواب الأضحية (٣١٢٧).
والبيهقي في «السنن الكبرى» كتاب الضحايا (٩/ ٢٦١).

(٢) أخرجه البيهقي في «السنن الكبرى» كتاب الضحايا (٩/ ٣١٣).
وابن ماجه في «السنن» كتاب الأضاحي باب الأضاحي واجبة هي أم لا؟ (٣١٢٥).

(٣) أخرجه الحاكم في «المستدرك» (٣/ ٣٨٩، ٤/ ٢٣٢) مرفوعاً وابن ماجه في «السنن» كتاب الأضاحي باب الأضاحي واجبة هي أم لا (٣١٢٣) مرفوعاً عن أبي هريرة وفي إسناده.
والدارقطني في «السنن» كتاب الأشربة باب الصيد والذبائح والأطعمة (٤/ ٢٧٧) موقوفاً من قول أبي هريرة.
والبيهقي في «السنن الكبرى» كتاب الضحايا (٩/ ٢٦٠) مرفوعاً وقال: بلغني عن أبي عيسى الترمذي أنه قال: الصحيح عن أبي هريرة موقوف ورواه جعفر بن ربيعة وغيره عن عبد الرحمن الأعرج عن أبي هريرة موقوف ورواه جعفر بن ربيعة وغيره عن عبد الرحمن الأعرج عن أبي هريرة موقوفاً وحديث زيد بن الحباب (يعني المرفوع) غير محفوظ.
قال في «التنقيح» حديث ابن ماجه رجاله كلهم رجال الصحيحين إلا عبد الله بن عياش القتباني، فإنه من أفراد مسلم، وقال: الموقوف أشبه بالصواب. انظر «نصب الراية» (٤/ ٢٠٧).

(٤) أخرجه البيهقي في «السنن الكبرى» كتاب الضحايا (٩/ ٢٧٧).

وشاة بإيجاب الشرع ابتداء إلا إذا عنىٰ به الإخبار عن الواجب عليه بإيجاب الشرع ابتداء فلا يلزمه إلا التضحية بشاة واحدة، ومن المشايخ من قال: لا يلزمه إلا التضحية بشاة واحدة، لأن هذه الصيغة حقيقتها للإخبار فيكون إخباراً عما وجب عليه بإيجاب الشرع فلا يلزمه التضحية بأخرى.

ولنا: أن هذه الصيغة في عرف الشرع جعلت إنشاء كصيغة الطلاق والعتاق لكنها تحتمل الإخبار فيصدق في حكم بينه وبين ربه عز شأنه، ولو قال ذلك قبل أيام النحر يلزمه التضحية بشاتين بلا خلاف، لأن الصيغة لا تحتمل الإخبار عن الواجب إذ لا وجوب قبل الوقت والإخبار عن الواجب ولا واجب يكون كذباً فتعين الإنشاء مراداً بها.

وكذلك لو قال ذلك وهو معسر ثم أيسر في أيام النحر فعليه أن يضحي بشاتين لأنه لم يكن وقت النذر أضحية واجبة عليه فلا يحتمل الإخبار فيحمل على الحقيقة الشرعية وهو الإنشاء فوجب عليه أضحية بنذره وأخرى بإيجاب الشرع ابتداء لوجود شرط الوجوب وهو الغنى.

وأما التطوع فأضحية المسافر والفقير الذي لم يوجد منه النذر بالتضحية ولا الشراء للأضحية لانعدام سبب الوجوب وشرطه.

فصل: وأما شرائط الوجوب فأما في النوعين الأولين فشرائط أهلية النذر وقد ذكرناها في كتاب النذر.

وأما النوع الثالث:

فمنها: الإسلام فلا تجب على الكافر لأنها قربة والكافر ليس من أهل القرب ولا يشترط وجود الإسلام في جميع الوقت من أوله إلى آخره حتى لو كان كافراً في أول الوقت ثم أسلم في آخره تجب عليه، لأن وقت الوجوب يفضل عن أداء الواجب فيكفي في وجوبها بقاء جزء من الوقت كالصلاة.

ومنها: الحرية فلا تجب على العبد وإن كان مأذوناً في التجارة أو مكاتباً لأنه حق مالي متعلق بملك المال ولهذا لا تجب عليه زكاة ولا صدقة الفطر ولا يشترط أن يكون حراً من أول الوقت إلى آخره بل يكتفىٰ بالحرية في آخر جزء من الوقت حتى لو أعتق في آخر الوقت وملك نصاباً تجب عليه/ [أ/٣٩٠/ج] الأضحية لما قلنا في شرط الإسلام.

ومنها: الإقامة فلا تجب على المسافر لأنها لا تتأدى بكل مال ولا في كل زمان بل بحيوان مخصوص في وقت مخصوص والمسافر لا يظفر به في كل مكان في وقت الأضحية، فلو أوجبنا عليه لاحتاج إلى حمله مع نفسه وفيه من الحرج ما لا يخفى أو احتاج إلى ترك السفر وفيه ضرر فدعت الضرورة إلى امتناع الوجوب بخلاف الزكاة، لأن الزكاة لا يتعلق وجوبها بوقت مخصوص بل جميع العمر وقتها فكان جميع الأوقات وقتاً لأدائها، فإن لم يكن في يده شيء للحال يؤديها إذا وصل إلى المال، وكذا تتأدى بكل مال فإيجابها عليه لا يوقعه في الحرج، وكذلك صدقة الفطر لأنها تجب وجوباً موسعاً كالزكاة وهو الصحيح وعند بعضهم، وإن كانت تتوقف بيوم الفطر لكنها تتأدى بكل مال فلا يكون في الوجوب عليه حرج.

وذكر في «**الأصل**» وقال: ولا تجب الأضحية على الحاج وأراد بالحاج المسافر، فأما أهل مكة فتجب عليهم الأضحية، وإن حجوا لما روىٰ نافع عن ابن سيدنا عمر رضي الله عنهما أنه كان يخلف لمن لم يحج

من أهله أثمان الضحايا ليضحوا عنه تطوعاً، ويحتمل أنه ليضحوا عن أنفسهم لا عنه فلا يثبت الوجوب مع الاحتمال ولا تشترط الإقامة في جميع الوقت حتى لو كان مسافراً في أول الوقت ثم أقام في آخره تجب عليه لما بينا في شرط الحرية والإسلام.

ولو كان مقيماً في أول الوقت ثم سافر في آخره لا تجب عليه لما ذكرنا هذا إذا سافر قبل أن يشتري أضحية، فإن اشترى شاة للأضحية ثم سافر ذكر في المنتقى أن له بيعها ولا يضحي بها، وهكذا روي عن محمد رحمه الله أنه يبيعها من المشايخ من فصل بين الموسر والمعسر فقال إن كان موسراً، فالجواب كذلك لأنه ما أوجب بهذا الشراء شيئاً على نفسه وإنما قصد به إسقاط الواجب عن نفسه فإذا سافر تبين أنه لا وجوب عليه فكان له أن يبيعها كما لو شرع في العبادة على ظن أنها عليه ثم تبين أنها ليست عليه أنه لا يلزمه الإتمام وإن كان معسراً ينبغي أن تجب عليه ولا تسقط عنه بالسفر لأن هذا إيجاب من الفقير بمنزلة النذر فلا يسقط بالسفر كما لو شرع في التطوع أنه يلزمه الإتمام والقضاء بالإفساد كذا ههنا، وإن سافر بعد دخول الوقت قالوا ينبغي أن يكون الجواب كذلك لما ذكرنا.

ومنها: الغنى لما روي عن رسول الله ﷺ أنه قال: «مَنْ وَجَدَ سَعَةً فليُضَحِّ»[1] شرط عليه الصلاة والسلام السعة وهي الغنى، ولأنا أوجبناها بمطلق المال.

ومن الجائز أن يستغرق الواجب جميع ماله فيؤدي إلى الحرج فلا بد من اعتبار الغنىٰ وهو أن يكون في ملكه مائتا درهم أو عشرون ديناراً أو شيء تبلغ قيمته ذلك سوى مسكنه وما يتأثث به وكسوته وخادمه وفرسه وسلاحه وما لا يستغني عنه وهو نصاب صدقة الفطر، وقد ذكرناه وما يتصل به من المسائل في صدقة الفطر.

ولو كان عليه دين بحيث لو صرف إليه بعض نصابه لا ينقص نصابه لا تجب لأن الدين يمنع وجوب الزكاة فلأن يمنع وجوب الأضحية أولى لأن الزكاة فرض والأضحية واجبة والفرض فوق الواجب، وكذا لو كان له مال غائب لا يصل إليه في أيام النحر، لأنه فقير وقت غيبة المال حتى تحل له الصدقة بخلاف الزكاة فإنها تجب عليه، لأن جميع العمر وقت الزكاة وهذه قربة موقتة فيعتبر الغنى في وقتها ولا يشترط أن يكون غنياً في جميع الوقت حتى لو كان فقيراً في أول الوقت ثم أيسر في آخره يجب عليه لما ذكرنا، ولو كان له مائتا درهم فحال عليها الحول فزكاها بخمسة دراهم ثم حضرت أيام النحر وماله مائة وخمسة وتسعون لا رواية فيه.

وذكر الزعفراني أنه تجب عليه الأضحية، لأن النصاب وإن انتقص لكنه انتقص بالصرف إلى جهة هي قربة فيجعل قائماً تقديراً حتى لو صرف خمسة منها إلى النفقة لا تجب لانعدام الصرف إلى جهة القرابة فكان النصاب ناقصاً حقيقة وتقديراً فلا يجب.

ولو اشترى الموسر شاة للأضحية فضاعت حتى انتقص نصابه وصار فقيراً فجاءت أيام النحر فليس عليه أن يشتري شاة أخرى، لأن النصاب ناقص وقت الوجوب. م يوجد شرط الوجوب وهو الغنى فلو أنه وجدها وهو معسر وذلك في أيام النحر فليس عليه أن يضحي بها لأنه معسر وقت الوجوب ولو ضاعت ثم

(١) تقدم تخريجه.

اشترى أخرى وهو موسر فضحى بها ثم وجد الأولى وهو معسر لم يكن عليه أن يتصدق بشيء لما قلنا، وجميع ما ذكرنا من الشروط يستوي فيها الرجل والمرأة، لأن الدلائل لا تفصل بينهما.

وأما البلوغ والعقل فليسا من شرائط الوجوب في قول أبي/ حنيفة وأبي يوسف، وعند محمد وزفر ا ب/ ٣٩٠/ ج١ هما من شرائط الوجوب حتى تجب الأضحية في مال الصبي والمجنون إذا كانا موسرين عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله حتى لو ضحى الأب أو الصبي من مالهما لا يضمن عندهما، وعند محمد وزفر رحمهما الله يضمن، وهو على الاختلاف الذي ذكرنا في صدقة الفطر والحج ذكرت هنالك.

ومن المتأخرين من قال: لا خلاف بينهم في الأضحية أنها لا تجب في مالهما لأن القربة في الأضحية هي إراقة الدم وإنها إتلاف ولا سبيل إلى إتلاف مال الصغير والتصدق باللحم تطوع ولا يجوز ذلك في مال الصغير والصغير في العادة لا يقدر على أن يأكل جميع اللحم ولا يجوز بيعه ولا سبيل للوجوب رأساً؛ والصحيح أنه على الاختلاف وتجب الأضحية عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله، ولا يتصدق باللحم لما قلنا لكن يأكل منها الصغير ويدخر له قدر حاجته ويبتاع بالباقي ما ينتفع بعينه كابتياع البالغ بجلد الأضحية ما ينتفع بعينه والذي يجن ويفيق يعتبر حاله في الجنون والإفاقة، فإن كان مجنوناً في أيام النحر فهو على الاختلاف، وإن كان مفيقاً يجب بلا خلاف.

وقيل: إن حكمه حكم الصحيح كيف ما كان، ومن بلغ من الصغار في أيام النحر وهو موسر يجب عليه بإجماع بين أصحابنا، لأن الأهلية من الحر في آخر الوقت لا في أوله كما لا يشترط إسلامه وحريته وإقامته في أول الوقت لما بينا ولا يجب على الرجل أن يضحي عن عبده ولا عن ولده الكبير في وجوبها عليه من ماله لولده الصغير روايتان كذا ذكره القدوري رحمه الله.

وذكر القاضي في «**شرحه مختصر الطحاوي**»: أنها لا تجب في ظاهر الرواية، ولكن الأفضل أن يفعل ذلك، وأطلق الطحاوي رحمه الله ما يدل على الوجوب فإنه قال؛ ويجب على الرجل أن يضحي عن أولاده الصغار.

وجه رواية الوجوب: أن ولد الرجل جزؤه فإذا وجب عليه أن يضحي عن نفسه فكذا عن ولده، ولهذا وجب عليه أن يؤدي عنه صدقة الفطر، ولأن له على ولده الصغير ولاية كاملة فيجب كصدقة الفطر بخلاف الكبير فإنه لا ولاية له عليه.

وجه ظاهر الرواية: أن الأصل أن لا يجب على الإنسان شيء على غيره خصوصاً في القربات لقول الله تعالى: ﴿**وأن ليس للإنسان إلا ما سعى**﴾[1] وقوله جل شأنه: ﴿**لها ما كسبتْ**﴾[2] ولهذا لم تجب عليه عن عبده وعن ولده الكبير إلا أن صدقة الفطر خصت عن النصوص فبقيت الأضحية على عمومها ولأن سبب الوجوب هناك رأس يمونه ويلي عليه وقد وجد في الولد الصغير وليس السبب الرأس ههنا.

ألا ترى أنه يجب بدونه، وكذا لا يجب بسبب العبد، وأما الوجوب عليه من ماله لولد ولده إذا كان

---

(١) سورة النجم، الآية: (٣٩).
(٢) سورة البقرة، الآية: (١٣٤).

أبوه ميتاً فقد روى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله أن عليه أن يضحي عنه.

قال القدوري رحمه الله: ويجب أن يكون هذا على روايتين كما قالوا في صدقة الفطر، وقد مر وجه الروايتين في صدقة الفطر؛ وأما المصر فليس بشرط الوجوب فتجب على المقيمين في الأمصار والقرى والبوادي، لأن دلائل الوجوب لا توجب الفصل والله أعلم.

فصل: وأما وقت الوجوب فأيام النحر فلا تجب قبل دخول الوقت لأن الواجبات الموقتة لا تجب قبل أوقاتها كالصلاة والصوم ونحوهما وأيام النحر ثلاثة: يوم الأضحى وهو اليوم العاشر من ذي الحجة والحادي عشر والثاني عشر وذلك بعد طلوع الفجر من اليوم الأول إلى غروب الشمس من الثاني عشر.

وقال الشافعي رحمه الله تعالى: أيام النحر أربعة أيام العاشر من ذي الحجة والحادي عشر والثاني عشر والثالث عشر؛ والصحيح قولنا؛ لما روي عن سيدنا عمر وسيدنا علي وابن عباس وابن سيدنا عمر وأنس بن مالك رضي الله عنهم أنهم قالوا: «أيام النحر ثلاثة أولها أفضلها»[1]، والظاهر أنهم سمعوا ذلك من رسول الله ﷺ، لأن أوقات العبادات والقربات لا تعرف إلا بالسمع فإذا طلع الفجر من اليوم الأول فقد دخل وقت الوجوب فتجب عند استجماع شرائط الوجوب. ثم لجواز الأداء بعد ذلك شرائط أخر نذكرها في موضعها إن شاء الله تعالى، فإن وجدت يجوز وإلا فلا كما تجب الصلاة بدخول وقتها ثم إن وجدت شرائط جواز أدائها جازت وإلا فلا والله تعالى أعلم.

فصل: وأما كيفية الوجوب فأنواع: منها أنها تجب في وقتها وجوباً موسعاً ومعناه أنها تجب في جملة الوقت غير عين كوجوب الصلاة في وقتها ففي أي وقت ضحى من عليه الواجب كان مؤدياً للواجب، سواء كان في أول الوقت أو وسطه أو آخره كالصلاة.

والأصل: أن ما وجب في جزء من الوقت غير عين يتعين الجزء الذي أدى فيه الوجوب أو آخر الوقت كما في الصلاة وهو الصحيح من الأقاويل على ما عرف في أصول/ الفقه. [٣٩١/أ/ج]

وعلى هذا يخرج ما إذا لم يكن أهلاً للوجوب في أول الوقت ثم صار أهلاً في آخره بأن كان كافراً أو عبداً أو فقيراً أو مسافراً في أول الوقت ثم أسلم أو أعتق أو أيسر أو أقام في آخره أنه يجب عليه، ولو كان أهلاً في أوله ثم لم يبق أهلاً في آخره بأن ارتد أو أعسر أو سافر في آخره لا يجب عليه.

ولو ضحى في أول الوقت وهو فقير ثم أيسر في آخر الوقت فعليه أن يعيد الأضحية عندنا، وقال بعض مشايخنا ليس عليه الإعادة، والصحيح هو الأول لأنه لما أيسر في آخر الوقت تعين آخر الوقت للوجوب عليه وتبين أن ما أداه وهو فقير كان تطوعاً فلا ينوب عن الواجب.

وما روي عن الكرخي رحمه الله في الصلاة المؤداة في أول الوقت أنها نفل مانع من الوجوب في آخر

---

(١) لم يجده مخرجوا «الهداية» وروى مالك في «الموطأ» ٢/١٨٨ عن نافع عن ابن عمر أنه كان يقول: الأضحى يومان بعد يوم الأضحى. انتهى.

وقال مالك: أنه بلغه أن علي بن أبي طالب كان يقول مثل ذلك.

انظر «نصب الراية» ٤/٢١٣.

الوقت فاسد عرف فساده في أصول الفقه، ولو كان ميسراً في جميع الوقت فلم يضح حتى مضىٰ الوقت ثم صار فقيراً صار قيمة شاة صالحة للأضحية ديناً في ذمته يتصدق بها متى وجدها، لأن الوجوب قد تأكد عليه بآخر الوقت فلا يسقط بفقره بعد ذلك كالمقيم إذا مضى عليه وقت الصلاة ولم يصل حتى سافر لا يسقط عنه شطر الصلاة وكالمرأة إذا مضى عليها وقت الصلاة وهي طاهرة ثم حاضت لا يسقط عنها فرض الوقت حتى يجب عليها القضاء إذا طهرت من حيضها كذا ههنا.

ولو مات الموسر في أيام النحر قبل أن يضحي سقطت عنه الأضحية وفي الحقيقة لم تجب لما ذكرنا أن الوجوب عند الأداء أو في آخر الوقت، فإذا مات قبل الأداء مات قبل أن تجب عليه كمن مات في وقت الصلاة قبل أن يصليها أنه مات ولا صلاة عليه كذا ههنا.

وعلى هذا تخرج رواية الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله أن الرجل الموسر إذا ولد له ولد في آخر أيام النحر أنه يجب عليه أن يذبح عنه وهي إحدى الروايتين اللتين ذكرناهما أنه كما يجب على الإنسان إذا كان موسراً أن يذبح عن نفسه يجب عليه أن يذبح عن ولده الصغير، لأنه ولد وقت تأكد الوجوب بخلاف صدقة الفطر أنه إذا ولد له ولد بعد طلوع الفجر من يوم الفطر أنه لا تجب عليه صدقة فطره، لأن الوجوب هناك تعلق بأول اليوم فلا يجب بعد مضي جزء منه وههنا بخلافه.

وعلى هذا يخرج ما إذا اشترى شاة للأضحية وهو موسر ثم إنها ماتت أو سرقت أو ضلت في أيام النحر أنه يجب عليه أن يضحي بشاة أخرى، لأن الوجوب في جملة الوقت والمشترىٰ لم يتعين للوجوب والوقت باق وهو من أهل الوجوب فيجب إلا إذا كان عينها بالنذر بأن قال لله تعالى علي أن أضحي بهذه الشاة وهو موسر أو معسر فهلكت أو ضاعت أنه تسقط عنه التضحية بسبب النذر، لأن المنذور به معين لإقامة الواجب فيسقط الواجب بهلاكه كالزكاة تسقط بهلاك النصاب عندنا غير أنه إن كان الناذر موسراً تلزمه شاة أخرى بإيجاب الشرع ابتداء لا بالنذر، وإن كان معسراً فاشترى شاة للأضحية فهلكت في أيام النحر أو ضاعت سقطت عنه وليس عليه شيء آخر لما ذكرنا أن الشراء من الفقير للأضحية بمنزلة النذر، فإذا هلكت فقد هلك محل إقامة الواجب فيسقط عنه وليس عليه شيء آخر بإيجاب الشرع ابتداء لفقد شرط الوجوب وهو اليسار.

ولو اشترى الموسر شاة للأضحية فضلت فاشترى شاة أخرى ليضحي بها ثم وجد الأولى في الوقت فالأفضل أن يضحي بهما، فإن ضحى بالأولى أجزأه ولا تلزمه التضحية بالأخرى ولا شيء عليه غير ذلك سواء كانت قيمة الأولى أكثر من الثانية أو أقل.

والأصل فيه ما روي عن سيدتنا عائشة رضي الله عنها أنها ساقت هدياً فضاع فاشترت مكانه آخر ثم وجدت الأول فنحرتهما؛ ثم قالت الأول كان يجزىء عني فثبت الجواز بقولها والفضيلة بفعلها رضي الله عنها ولأن الواجب في ذمته ليس إلا بالتضحية بشاة واحدة وقد ضحى.

وإن ضحى بالثانية أجزأه وسقطت عنه الأضحية وليس عليه أن يضحي بالأولى، لأن التضحية بها لم تجب بالشراء بل كانت الأضحية واجبة في ذمته بمطلق الشاة، فإذا ضحى بالثانية فقد أدى الواجب بها بخلاف المتنفل بالأضحية إذا ضحى بالثانية أنه يلزمه التضحية بالأولى أيضاً لأنه لما اشتراها للأضحية فقد وجب عليه

التضحية بالأولى أيضاً بعينها فلا يسقط بالثانية بخلاف الموسر فإنه لا يجب عليه التضحية بالشاة المشتراة بعينها وإنما الواجب في ذمته وقد أداه بالثانية فلا تجب عليه التضحية بالأولى.

[ب/٣٩١/ج] وسواء كانت الثانية مثل الأولى في القيمة أو فوقها أو دونها لما قلنا غير أنها إن كانت دونها في القيمة/ يجب عليه أن يتصدق بفضل ما بين القيمتين لأنه بقيت له هذه الزيادة سالمة من الأضحية فصار كاللبن ونحوه، ولو لم يتصدق بشيء ولكنه ضحى بالأولى أيضاً وهو في أيام النحر أجزأه وسقطت عنه الصدقة، لأن الصدقة إنما تجب خلفاً عن فوات شيء من شاة الأضحية فإذا أدى الأصل في وقته سقط عنه الخلف.

وأما على قول أبي يوسف رحمه الله: فإنه لا تجزيه التضحية إلا بالأولى لأنه يجعل الأضحية كالوقف، ولو لم يذبح الثانية حتى مضت أيام النحر ثم وجد الأولى، ذكر الحسن بن زياد في الأضاحي أن عليه أن يتصدق بأفضلهما ولا يذبح، وذكر فيها أنه قول زفر وأبي يوسف والحسن بن زياد رحمهم الله لأنه لم يجب عليه في آخر الوقت إلا التضحية بشاة، فإذا خرج الوقت تحول الواجب من الإراقة إلى التصدق بالعين.

ولو اشترى شاة للأضحية وهو معسر أو كان موسراً فانتقص نصابه بشراء الشاة ثم ضلت فلا شيء عليه ولا يجب عليه شيء آخر؛ أما الموسر فلفوات شرط الوجوب وقت الوجوب، وأما المعسر فلهلاك محل إقامة الواجب فلا يلزمه شيء آخر.

ومنها: أن لا يقوم غيرها مقامها حتى لو تصدق بعين الشاة أو قيمتها في الوقت لا يجزيه عن الأضحية، لأن الوجوب تعلق بالإراقة، والأصل أن الوجوب إذ تعلق بفعل معين أنه لا يقوم غيره مقامه كما في الصلاة والصوم وغيرهما بخلاف الزكاة، فإن الواجب أداء جزء من النصاب.

ولو أدى من مال آخر جاز، لأن الواجب هناك ليس جزأ من النصاب عند أصحابنا بل الواجب مطلق المال وقد أدي، وعند بعضهم وإن كان الواجب أداء جزء من النصاب لكن من حيث إنه مال لا من حيث إنه جزء من النصاب لأن مبنى وجوب الزكاة على التيسير، والتيسير في الوجوب من حيث إنه مال لا من حيث إنه العين والصورة، وههنا الواجب في الوقت إراقة الدم شرعاً غير معقول المعنى فيقتصر الوجوب على مورد الشرع وبخلاف صدقة الفطر أنها تتأدى بالقيمة عندنا، لأن الواجب هناك معلول بمعنى الإغناء، قال النبي ﷺ: «أغنوهم عَنِ المسألةِ في مثلِ هَذَا اليَومِ»[1] والإغناء يحصل بأداء القيمة والله عز شأنه أعلم.

ومنها: أن تجزىء فيها النيابة فيجوز للإنسان أن يضحي بنفسه وبغيره بإذنه لأنها قربة تتعلق بالمال فتجزىء فيها النيابة كأداء الزكاة وصدقة الفطر، ولأن كل أحد لا يقدر على مباشرة الذبح بنفسه خصوصاً النساء فلو لم تجز الاستنابة لأدى إلى الحرج، وسواء كان المأذون مسلماً أو كتابياً حتى لو أمر مسلم كتابياً أن يذبح أضحيته يجزيه، لأن الكتابي من أهل الذكاة إلا أنه يكره، لأن التضحية قربة والكافر ليس من أهل

(١) أخرجه الدارقطني في «السنن» كتاب زكاة الفطر (٢/ ١٥٣).
والبيهقي في «السنن الكبرى» (٤/ ١٧٥) كتاب الزكاة.

التربة لنفسه فتكره إنابته في إقامة القربة لغيره، وسواء كان الأذن نصاً أو دلالة حتى لو اشترى شاة للأضحية فجاء يوم النحر فأضجعها وشد قوائمها فجاء إنسان وذبحها من غير أمره أجزأه استحساناً، والقياس أنه لا يجوز وأن يضمن الذابح قيمتها وهو قول زفر رحمه الله، وقال الشافعي[1]: يجزيه عن الأضحية ويضمن الذابح.

أما الكلام مع زفر فوجه القياس: أنه ذبح شاة غيره بغير أمره فلا يجزي عن صاحبها ويضمن الذابح كما لو غصب شاة وذبحها، وهو وجه الشافعي في وجوب الضمان على الذابح.

وجه الاستحسان: أنه لما اشتراها للذبح وعينها لذلك فإذا ذبحها غيره فقد حصل غرضه وأسقط عنه مؤنة الذبح فالظاهر أنه رضي بذلك فكان مؤذناً فيه دلالة فلا يضمن ويجزيه عن الأضحية كما لو أذن له بذلك نصاً، وبه تبين وهي قول الشافعي[2] رحمه الله أنه يجزيه عن الأضحية ويضمن الذابح، لأن كون الذبح مأذوناً فيه يمنع وجوب الضمان كما لو نص على الإذن وكما لو باعها بإذن صاحبها ولو لم يرض به وأراد الضمان يقع عن المضحي وليس للوكيل أن يضحي ما وكل بشرائه بغير أمر موكله، ذكره أبو يوسف رحمه الله في الإملاء، فإن ضحى جاز استحساناً لأنه أعانه على ذلك فوجد الإذن منه دلالة إلا أن يختار أن يضمنه فلا يجزي عنه.

وعلى هذا إذا غلط رجلان فذبح كل واحد منهما أضحية صاحبه عن نفسه أنه يجزى كل واحد منهما أضحيته عنه استحساناً ويأخذها من الذابح لما بينا أن كل واحد منهما يكون راضياً بفعل صاحبه فيكون مأذوناً فيه دلالة فيقع الذبح عنه ونية صاحبه تقع لغواً حتى لو تشاحا وأراد كل واحد منهما الضمان تقع الأضحية له وجازت عنه لأنه ملكه بالضمان على ما نذكره في الشاة المغصوبة إن شاء الله تعالى.

وذكر هشام عن أبـي يوسف/ رحمهما الله في «نوادره» في رجلين اشتربا أضحيتين فذبح كل منهما [أ/٣٩٢/ج] أضحية صاحبه غلطاً عن نفسه وأكلها. قال: يجزىء كل واحد منهما في قول أبـي حنيفة رحمه الله.

وقولنا: ويحلل كل واحد منهما صاحبه، فإن تشاحا ضمن كل واحد منهما لصاحبه قيمة شاته، فإن كان قد انقضت أيام النحر يتصدق بتلك القيمة، أما جواز إحلالهما فلأنه يجوز لكل واحد منهما أن يطعمها لصاحبه ابتداء قبل الأكل فيجوز أن يحلله بعد الأكل وله أن يضمنه لأن من أتلف لحم الأضحية يضمن ويتصدق بالقيمة، لأن القيمة تدل عن اللحم فصار كما لو باعه، قال: وسألت أبا يوسف رحمه الله عن البقرة إذا ذبحها سبعة في الأضحية أيقتسمون لحمها جزافاً أو وزناً قال: بل وزناً قال: قلت: فإن اقتسموها مجازفة، وحلل بعضهم بعضاً قال: أكره ذلك قال: قلت: فما تقول في رجل باع درهماً بدرهم فرجح أحدهما فحلل صاحبه الرجحان قال: هذا جائز لأنه لا يقسم معناه أنه هبة المشاع فيما لا يحتمل القسمة وهو الدرهم الصحيح.

---

(١) انظر «مختصر المزني» صفحة (٢٨٥).
وقال مالك: «لا تجزي ويكون كل واحد منهما ضامناً لأضحية صاحبه». «المدونة» (٢/ ٧٢).

(٢) انظر «مختصر المزني» ص (٢٨٤).

أما عدم جواز القسمة مجازفة فلأن فيها معنى التمليك واللحم من الأموال الربوية فلا يجوز تمليكه مجازفة كسائر الأموال الربوية.

وأما عدم جواز التحليل فلأن الربوي لا يحتمل الحل بالتحليل، ولأنه في معنى الهبة وهبة المشاع فيما يحتمل القسمة لا تصح بخلاف ما إذا رجح الوزن ومنها أنها تقضى إذا فاتت عن وقتها، والكلام فيه في موضعين:

أحدهما: في بيان أنها مضمونة بالقضاء في الجملة.

والثاني: في بيان ما تقضى به.

أما الأول: فلأن وجوبها في الوقت إما لحق العبودية أو لحق شكر النعمة أو لتكفير الخطايا، لأن العبادات والقربات إنما تجب لهذه المعاني، وهذا لا يوجب الاختصاص بوقت دون وقت فكان الأصل فيها أن تكون واجبة في جميع الأوقات وعلى الدوام بالقدر الممكن إلا أن الأداء في السنة مرة واحدة في وقت مخصوص أقيم مقام الأداء في جميع السنة تيسيراً على العباد فضلاً من الله عز وجل ورحمة كما أُقيمَ صوم شهر في السنة مقام جميع السنة وأقيم خمس صلوات في يوم وليلة مقام الصلاة آناء الليل وأطراف النهار فإذا لم يؤد في الوقت بقي الوجوب في غيره لقيام المعنى الذي له وجبت في الوقت.

وأما الثاني: فنقول إنها لا تقضى بالإراقة، لأن الإراقة لا تعقل قربة وإنما جعلت قربة بالشرع في وقت مخصوص فاقتصر كونها قربة على الوقت المخصوص فلا تقضى بعد خروج الوقت، ثم قضاؤها قد يكون بالتصدق بعين الشاة حية وقد يكون بالتصدق بقيمة الشاة، فإن كان أوجب التضحية على نفسه بشاة بعينها فلم يضحها حتى مضت أيام النحر يتصدق بعينها حية؛ لأن الأصل في الأموال التقرب بالتصدق بها لا بالإتلاف وهو الإراقة إلا أنه نقل إلى الإراقة مقيداً في وقت مخصوص حتى يحل تناول لحمه للمالك والأجنبي والغني والفقير لكون الناس أضياف الله عز شأنه في هذا الوقت، فإذا مضى الوقت عاد الحكم إلى الأصل وهو التصدق بعين الشاة، سواء كان موسراً أو معسراً لما قلنا.

وكذلك المعسر إذا اشترى شاة ليضحي بها فلم يضح حتى مضى الوقت، لأن الشراء للأضحية من الفقير كالنذر بالتضحية، وأما الموسر إذا اشترى شاة للأضحية فكذلك الجواب.

ومن المشايخ من قال: هذا الجواب في المعسر لأن الشاة المشتراة للأضحية من المعسر تتعين للأضحية، فأما من الموسر فلا تتعين بدليل أنه يجوز له التضحية بشاة أخرى في الوقت مع بقاء الأولى وتسقط عنه الأضحية، والصحيح أنها تتعين من الموسر أيضاً بلا خلاف بين أصحابنا فإن محمداً رحمه الله ذكر عقيب جواب المسألة وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقولنا.

ووجهه: أن نية التعيين قارنت الفعل وهو الشراء فأوجبت تعيين المشتري للأضحية إلا أن تعيينه للأضحية لا يمنع جواز التضحية بغيرها كتعيين النصاب لأداء الزكاة منه لا يمنع جواز الأداء بغيره وتسقط عنه الزكاة، وهذا لأن المتعين لا يزاحمه غيره، فإذا ضحى بغيره أو أدى الزكاة من غير النصاب لم يبق الأول

متعيناً فكانت الشاة متعينة للتضحية ما لم يضح بغيرها كالزكاة، وإن كان لم يوجب على نفسه ولا اشترى وهو موسر حتى مضت أيام النحر تصدق بقيمة شاة تجوز في الأضحية، لأنه إذا لم يوجب ولم يشتر لم يتعين شيء للأضحية وإنما الواجب عليه إراقة دم شاة فإذا مضى الوقت قبل أن يذبح ولا سبيل إلى التقرب بالإراقة بعد خروج الوقت لما قلنا انتقل الواجب من الإراقة والعين أيضاً لعدم التعيين إلى/ القيمة وهو قيمة شاة [ب/٣٩٢/ج] يجوز ذبحها في الأضحية.

ولو صار فقيراً بعد مضي أيام النحر لا يسقط عنه التصدق بعين الشاة أو بقيمتها لأنه إذا مضى الوقت صار ذلك ديناً في ذمته فلا يسقط عنه لفقره بعد ذلك، ولو وجب عليه التصدق بعين الشاة فلم يتصدق ولكن ذبحها يتصدق ويجزيه ذلك إن لم ينقصها الذبح، وإن نقصها يتصدق باللحم وقيمة النقصان ولا يحل له أن يأكل منها وإن أكل منها شيئاً غرم قيمته ويتصدق بها لما يذكر في موضعه.

وكذلك لو أوجب على نفسه أن يتصدق بها لا يأكل منها إذا ذبحها بعد وقتها أو في وقتها فهو سواء.

ومن وجبت عليه الأضحية فلم يضح حتى مضت أيام النحر ثم حضرته الوفاة فعليه أن يوصي بأن يتصدق عنه بقيمة شاة من ثلث ماله لأنه لما مضى الوقت فقد وجب عليه التصدق بقيمة شاة فيحتاج إلى تخليصه نفسه عن عهدة الواجب والوصية طريق التخليص فيجب عليه أن يوصي كما في الزكاة والحج وغير ذلك.

ولو أوصى بأن يضحىٰ عنه ولم يسم شاة ولا بقرة ولا غير ذلك ولم يبين الثمن أيضاً جاز ويقع على الشاة، بخلاف ما إذا وكل رجلاً أن يضحي عنه ولم يسم شيئاً ولا ثمناً أنه لا يجوز.

والفرق: أن الوصية تحتمل من الجهالة شيئاً لا تحتمله الوكالة، فإن الوصية بالمجهول وللمجهول تصح ولا تصح الوكالة.

ولو أوصى بأن يشترىٰ له شاة بعشرين درهماً فيضحىٰ عنه إن مات فماتَ وثلثه أقل من ذلك فإنه يضحىٰ عنه بما يبلغ الثلث على قياس الحج إذا أوصى بأن يحج عنه بمائة وثلثه أقل من مائة فإنه يحج بمائة بخلاف العتق إذا أوصى بأن يعتق عنه عبد بمائة وثلثه أقل أن عند أبي حنيفة رحمه الله تبطل الوصية، وعندهما يعتق عنه بما بقي، لأنه أوصى بمال مقدر فيما هو قربة فتنفذ الوصية فيما أمكن كما في الحج.

ووجه الفرق لأبي حنيفة رحمه الله: أن مصرف الوصية في العتق هو العبد فكأنه أوصى بعبد موصوف بصفة وهو أن يكون ثمنه مائة فإذا اشتري بأقل كان هذا غير ما أوصى به فلا يجوز بخلاف الحج والأضحية، فإن المصرف ثمة هو الله عز شأنه فسواء كان قيمة الشاة أقل أو مثل ما أوصى به يكون المصرف واحداً والمقصود بالكل واحد وهو القربة وذلك حاصل فيجوز.

ومنها: أن وجوبها نسخ كل دم كان قبلها من العقيقة والرجبية والعتيرة، كذا حكى أبو بكر الكيساني عن محمد رحمه الله أنه قال: قد كانت في الجاهلية ذبائح يذبحونها.

منها: العقيقة كانت في الجاهلية ثم فعلها المسلمون في أول الإسلام فنسخها ذبح الأضحية فمن شاء فعل ومن شاء لم يفعل.

ومنها: شاة كانوا يذبحونها في رجب تدعىٰ الرجبية كان أهل البيت يذبحون الشاة فيأكلون ويطبخون ويطعمون فنسخها ذبح الأضحية.

ومنها: العتيرة كان الرجل إذا ولدت له الناقة أو الشاة ذبح أول ولد تلده فأكل وأطعم، قال محمد رحمه الله: هذا كله كان يفعل في الجاهلية فنسخه ذبح الأضحية، وقيل في تفسير العتيرة كان الرجل من العرب إذا نذر نذراً أنه إذا كان كذا أو بلغ شاة كذا فعليه أن يذبح من كل عشرة منها كذا في رجب، والعقيقة الذبيحة التي تذبح عن المولود يوم أسبوعه، وإنما عرفنا انتساخ هذه الدماء بما روي عن سيدتنا عائشة رضي الله عنها أنها قالت نسخ صوم رمضان كل صوم كان قبله، ونسخت الأضحية كل ذبح كان قبلها، ونسخ غسل الجنابة كل غسل كان قبله.

والظاهر أنها قالت ذلك سماعاً من رسول الله ﷺ؛ لأن انتساخ الحكم مما لا يدرك بالاجتهاد، ومنهم من روى هذا الحديث مرفوعاً إلى رسول الله ﷺ ونسخت الزكاة كل صدقة كانت قبلها، وكذا قال أهل التأويل في قوله عز شأنه: ﴿أأشفقتم أَنْ تقدموا بين يدي نجواكم صدقات فإذ لم تفعلوا وتابَ اللَّهُ عليكم فأقيموا الصلاة وآتوا الزكاة﴾[1] إن ما أمروا به من تقديم الصدقة على النجوى مع رسول الله ﷺ نسخ بقوله جل شأنه: ﴿وآتوا الزكاة﴾[2].

وذكر محمد رحمه الله في العقيقة فمن شاء فعل ومن شاء لم يفعل، وهذا يشير إلى الإباحة فيمنع كونه سنة.

وذكر في «الجامع الصغير» ولا يعق عن الغلام ولا عن الجارية وأنه إشارة إلى الكراهة، لأن العقيقة كانت فضلاً ومتى نسخ الفضل لا يبقى إلا الكراهة بخلاف الصوم والصدقة فإنهما كانا من الفرائض لا من الفضائل، فإذا نسخت منهما الفرضية يجوز التنفل بهما، وقال الشافعي[3] رحمه الله: العقيقة سنة عن الغلام شاتان وعن الجارية شاة.

[أ/٣٩٣/ج] واحتج بما روي «أَنّ رسولَ اللَّهِ ﷺ/ عقَّ عن الحسنِ والحسينِ رضي الله عنهما كَبْشاً كبشاً»[4] وإنا نقول إنها كانت ثم نسخت بدم الأضحية بحديث سيدتنا عائشة رضي الله عنها، وكذا روي عن سيدنا علي رضي الله عنه أنه قال: نسخت الأضحية كل دم كان قبلها والعقيقة كانت قبلها كالعتيرة، وروي أن رسول الله ﷺ سئل عن العقيقة فقال: «إنَّ اللَّهَ تَعالى لا يحبُّ العقوق[5] مَنْ شاءَ فليعقَّ عَنِ الغلامِ شاتينِ وَعَنِ

(١) سورة المجادلة، الآية: (١٣).
(٢) سورة المجادلة، الآية: (١٣).
(٣) انظر «مختصر المزني» صفحة (٢٨٥).
(٤) أخرجه أبو داود في «السنن» كتاب الضحايا باب في العقيقة (٢٨٤١).
والنسائي في «السنن» كتاب العقيقة باب كم يعق عن الجارية (٧/ ١٦٦).
وابن الجارود في «المنتقى» (٩١١).
والبيهقي في «السنن الكبرى» (٩/ ٢٩٩، ٣٠٢).
(٥) أخرجه عبد الرزاق في «المصنف» (٧٩٦١) وأحمد في «المسند» (٢/ ١٨٢ ـ ١٨٣).

الجارية شاةً»، وهذا ينفي كون العقيقة سنة، لأنه عليه الصلاة والسلام علق العق بالمشيئة، وهذا إمارة الإباحة والله عز شأنه أعلم.

فصل: وأما محل إقامة الواجب فهذا الفصل يشتمل على بيان جنس المحل الذي يقام منه الواجب ونوعه وجنسه وسنه وقدره وصفته، أما جنسه فهو أن يكون من الأجناس الثلاثة: الغنم أو الإبل أو البقر ويدخل في كل جنس نوعه والذكر والأنثىٰ منه والخصي والفحل لانطلاق اسم الجنس على ذلك والمعز نوع من الغنم والجاموس نوع من البقر بدليل أنه يضم ذلك إلى الغنم والبقر في باب الزكاة، ولا يجوز في الأضاحي شيء من الوحش لأن وجوبها عرف بالشرع والشرع لم يرد بالإيجاب إلا في المستأنس، فإن كان متولداً من الوحشي والإنسي فالعبرة بالأم، فإن كانت أهلية يجوز وإلا فلا حتى إن البقرة الأهلية إذا نزا عليها ثور وحشي فولدت ولداً فإنه يجوز أن يضحى به.

وإن كانت البقرة وحشية والثور أهلياً لم يجز، لأن الأصل في الولد الأم لأنه ينفصل عن الأم وهو حيوان متقوم تتعلق به الأحكام وليس ينفصل من الأب إلا ماء مهين لا حظر له ولا يتعلق به حكم، ولهذا يتبع الولد الأم في الرق والحرية إلا أنه يضاف إلى الأب في بني آدم تشريفاً للولد وصيانة له عن الضياع وإلا فالأصل أن يكون مضافاً إلى الأم.

وقيل: إذا نزا ظبي على شاة أهلية، فإن ولدت شاة تجوز التضحية بها، وإن ولدت ظبياً لا تجوز، وقيل إن ولدت الرمكة من حمار وحشي حماراً لا يؤكل، وإن ولدت فرساً فحكمه حكم الفرس، وإن ضحى بظبية وحشية ألفت أو ببقرة وحشية ألفت لم يجز لأنها وحشية في الأصل والجوهر فلا يبطل حكم الأصل بعارض نادر والله عز شأنه الموفق.

وأما سنه: فلا يجوز شيء مما ذكرنا من الإبل والبقر والغنم من الأضحية إلا الثني من كل جنس إلا الجذع من الضأن خاصة إذا كان عظيماً، لما روي عن رسول الله ﷺ أنه قال: «ضحوا بالثنايا إلا أن يعز على أحدكم فيذبح الجذع في الضأن»[1].

وروي عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال: **«يجزىء الجذع من الضأن عما يجزىء فيه الثني من المعز»**[2]. وروي **«أن رسول الله ﷺ خرج إلى المصلى فشم قتاراً فقال ما هذا؟ فقالوا أضحية أبي بردة، فقال عليه الصلاة والسلام: تلكَ شاةُ لحم»**، فجاء أبو بردة فقال: يا رسول الله عندي عناق خير من شاتي لحم،

---

(١) أخرجه أحمد في «المسند» (٣/ ٣١٢، ٣٢٧)، ومسلم في «الصحيح» كتاب الأضاحي باب سنّ الأضحية (١٩٦٣) وأبو داود في «السنن» كتاب الضحايا باب ما لا يجوز من السن في الضحايا (٢٧٩٧) وابن ماجه في «السنن» كتاب الأضاحي باب ما تجزىء من الأضاحي (٣١٤١) والنسائي في «السنن» كتاب الضحايا باب المسنة والجذعة (٣١٤١).
والبيهقي في «السنن الكبرى» (٩/ ٢٦٩).

(٢) أخرجه البيهقي في «السنن الكبرى» (٩/ ٢٧٥).
وأبو داود في «السنن» برقم (٢٧٩٧).
وابن ماجه في «السنن» برقم (٣١٧٩) بلفظ قريب منه.

فقال عليه الصلاة والسلام: «**تجزي عنك ولا تجزي عن أحدٍ بعدك**»[١] وروي عن البراء بن عازب رضي الله عنهما أنه قال: «**خطب رسول الله ﷺ يوم عيد فقال: إن أول نسككم هذه الصلاة ثم الذبح**»، فقام إليه خالي أبو بردة بن نيار فقال: يا رسولَ الله كان يومنا نشتهي فيه اللحم فعجّلنا فذَبحنَا، فقال رسول الله ﷺ: «**فأبدلها**»، فقال: يا رسول الله عندي ماعز جذع فقال: «**هي لك وليست لأحد بعدك**»[٢].

وروي أن رجلاً قدم المدينة بغنم جذاع فلم تنفق معه، فذكر ذلك لأبي هريرة رضي الله عنه فقال سمعت رسول الله ﷺ يقول: «**نعمت الأضحية الجذع من الضأن**» وروي الجذع السمين من الضأن فلما سمع الناس هذا الحديث انتهبوها[٣] أي تبادروا إلى شرائها، وتخصيص هذه القربة بسن دون سن أمر لا يعرف إلا بالتوقيف فيتبع ذلك.

وأما معاني هذه الأسماء فقد ذكر القدوري رحمه الله أن الفقهاء قالوا الجذع من الغنم ابن ستة أشهر والثني منه ابن سنة والجذع من البقر ابن سنة والثني ابن سنتين، والجذع من الإبل ابن أربع سنين والثني منها ابن خمس. وذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي في الثني من الإبل ما تم له أربع سنين وطعن في الخامسة، وذكر الزعفراني في الأضاحي الجذع ابن ثمانية أشهر أو تسعة أشهر والثني من الشاة والمعز ما تم له حول وطعن في السنة الثانية، ومن البقر ما تم له حولان وطعن في السنة الثالثة، ومن الإبل ما تم له خمس سنين وطعن في السنة السادسة، وتقدير هذه الأسنان بما قلنا لمنع النقصان لا لمنع الزيادة، حتى لو ضحى بأقل من ذلك سناً لا يجوز، ولو ضحى بأكثر من ذلك يجوز ويكون أفضل ولا يجوز في الأضحية حمل ولا جدي ولا عجل ولا فصيل، لأن الشرع إنما ورد بالأسنان التي ذكرنا وهذه لا تسمى بها، وأما قدره فلا يجوز/ [ب/٣٩٣/ج] الشاة والمعز إلا عن واحد، وإن كانت عظيمة سمينة تساوي شاتين مما يجوز أن يضحىٰ بهما لأن القياس في الإبل والبقر أن لا يجوز فيهما الاشتراك، لأن القربة في هذا الباب إراقة الدم وإنها لا تحتمل التجزئة لأنها ذبح واحد، وإنما عرفنا جواز ذلك بالخبر فبقي الأمر في الغنم على أصل القياس.

فإن قيل: أليس أنه روي «**أن رسول الله ﷺ ضحّى بكبشين أملحين أحدهما عن نفسه والآخر عمن لا يذبح من أمته**»[٤] فكيف ضحى بشاة واحدة عن أمته عليه الصلاة والسلام.

فالجواب: أنه عليه الصلاة والسلام إنما فعل ذلك لأجل الثواب، وهو أنه جعل ثواب تضحيته بشاة واحدة لأمته لا للأجزاء وسقوط التعبد عنهم، ولا يجوز بعير واحد ولا بقرة واحدة عن أكثر من سبعة.

---

(١) أخرجاه في الصحيحين.

(٢) أخرجه البخاري في «الصحيح» كتاب الأضاحي باب قول النبي ﷺ لأبي بردة: «ضح بالجذع من المعز» (٥٥٥٧) وكتاب العيدين باب سنة العيدين لأهل الإسلام (٩٥١)، باب الخطبة بعد العيد (٩٦٥) باب التبكير إلى العيد (٩٦٨).
ومسلم في «الصحيح» كتاب الأضاحي باب وقتها رقم (١٩٦١).
وأبو داود في «السنن» كتاب الضحايا باب ما يجوز من السن في الضحايا (٢٨٠١).
وأحمد في «المسند» (٤/ ٤٥، ٣٠٣).
والدارمي في «السنن» (٢/ ٨٠) والبيهقي في «السنن الكبرى» (٩/ ٢٦٩، ٢٧٦).

(٣) أخرجه أحمد (٢/ ٤٤٤) والترمذي في «السنن» كتاب الأضاحي باب ما جاء في الجذع من الضأن والأضاحي (١٤٩٩).

(٤) تقدم تخريجه.

ويجوز ذلك عن سبعة أو أقل من ذلك، وهذا قول عامة العلماء. وقال مالك رحمه الله: يجزي ذلك عن أهل بيت واحد وإن زادوا على سبعة، ولا يجزي عن أهل بيتين وإن كانوا أقل من سبعة، والصحيح قول العامة لما روي عن رسول الله ﷺ: «**البدنة تجزي عن سبعة والبقرة تجزي عن سبعة**»[١].

وعن جابر رضي الله عنه قال: «**نحرنا مع رسول الله ﷺ البدنة عن سبعة والبقرة عن سبعة**»[٢] من غير فصل بين أهل بيت وبيتين؛ ولأن القياس يأبى جوازها عن أكثر من واحد لما ذكرنا أن القربة في الذبح وأنه فعل واحد لا يتجزأ، لكنا تركنا القياس بالخبر المقتضي للجواز عن سبعة مطلقاً فيعمل بالقياس فيما وراءه، لأن البقرة بمنزلة سبع شياه، ثم جازت التضحية بسبع شياه عن سبعة، سواء كانوا من أهل بيت أو بيتين فكذا البقرة.

ومنهم من فصل بين البعير والبقرة، فقال البقرة لا تجوز عن أكثر من سبعة، فأما البعير فإنه يجوز عن عشرة ورووا عن رسول الله ﷺ أنه قال: «**البدنة تجزي عن عَشَرة**»[٣] ونوع من القياس يؤيده، وهو أن الإبل أكثر قيمة من البقر، ولهذا فضلت الإبل على البقر في باب الزكاة والديات فتفضل في الأضحية أيضاً.

ولنا: أن الأخبار إذا اختلفت في الظاهر يجب الأخذ بالاحتياط وذلك فيما قلنا؛ لأن جوازه عن سبعة ثابت بالاتفاق وفي الزيادة اختلاف فكان الأخذ بالمتفق عليه أخذاً بالمتيقن.

وأما ما ذكروا من القياس فقد ذكرنا أن الاشتراك في هذا الباب معدول به عن القياس واستعمال القياس فيما هو معدول به عن القياس ليس من الفقه ولا شك في جواز بدنة أو بقرة عن أقل من سبعة بأن اشترك اثنان أو ثلاثة أو أربعة أو خمسة أو ستة في بدنة أو بقرة لأنه لما جاز السبع فالزيادة أولى، وسواء اتفقت الأنصباء في القدر أو اختلفت بأن يكون لأحدهم النصف وللآخر الثلث وللآخر السدس بعد أن لا ينقص عن السبع.

---

(١) انظر الحديث الآتي.

(٢) أخرجه مالك في «**الموطأ**» كتاب الضحايا باب الشركة في الضحايا (٢/ ٤٨٦).
وأحمد في «**المسند**» (٣/ ٢٩٣) ومسلم في «**الصحيح**» كتاب الحج باب الاشتراك في الهدي (١٣١٨) وأبو داود في «**السنن**» كتاب الأضاحي باب في البقر والجزور عن كم تجزىء (٢٨٠٩)، والترمذي في «**السنن**» كتاب الحج باب ما جاء في الاشتراك في البدنة (٩٠٤) وابن ماجه في «**السنن**» كتاب الأضاحي باب عن كم تجزىء البدنة والبقرة (٣١٣٢).
والبيهقي في «**السنن الكبرى**» (٥/ ١٦٨، ١٦٩).
وابن حبان في «**الصحيح**» كتاب الحج باب الهدي (٤٠٠٦).

(٣) أخرجه أحمد في «**المسند**» (١/ ٢٧٥).
والترمذي في «**السنن**» كتاب الحج باب ما جاء في الاشتراك في البدنة والبقرة (٩٠٥) وقال: حديث حسن غريب.
والنسائي في «**السنن**» كتاب الضحايا باب ما تجزىء عنه البدنة في الضحايا (٧/ ٢٢٢).
وابن ماجه في «**السنن**» كتاب الأضاحي باب عن كم تجزىء البدنة والبقرة (٣١٣١).
وأخرجه الحاكم في «**المستدرك**» (٤/ ٢٣٠) وصححه على شرط البخاري ووافقه الذهبي.
وأخرجه ابن حبان في «**صحيحه**» كتاب الحج باب الهدي على الشك (وفي البعير سبعة أو عشرة) (٤٠٠٧).
والبيهقي في «**السنن الكبرى**» (٥/ ٢٣٦) كلهم عن ابن عباس: «**كنا مع النبي في سفر، فحضر النحر، فاشتركنا في البقرة سبعة وفي البعير عشرة**».

ولو اشترك سبعة في خمس بقرات أو في أكثر فذبحوها أجزأهم؛ لأن لكل واحد منهم في كل بقرة سبعها، ولو ضحوا ببقرة واحدة أجزأهم فالأكثر أولى ولو اشترك ثمانية في سبع بقرات لم يجزهم، لأن كل بقرة بينهم على ثمانية أسهم فيكون لكل واحد منهم أنقص من السبع.

وكذلك إذا كانوا عشرة أو أكثر فهو على هذا، ولو اشترك ثمانية في ثمانية من البقر فضحوا بها لم تجزهم، لأن كل بقرة تكون بينهم على ثمانية أسهم؛ وكذلك إذا كان البقر أكثر لم تجزهم ولا رواية في هذه الفصول وإنما قيل إنه لا يجوز بالقياس، ولو اشترك سبعة في سبع شياه بينهم فضحوا بها فالقياس أن لا تجزئهم، لأن كل شاة تكون بينهم على سبعة أسهم وفي الاستحسان يجزيهم، وكذلك لو اشترى اثنان شاتين للتضحية فضحيا بهما بخلاف عبدين بين اثنين عليهما كفارتان فأعتقاهما عن كفارتيهما أنه لا يجوز، لأن الأنصباء تجتمع في الشاتين ولا تجتمع في الرقيق بدليل أنه يجبر على القسمة في الشاة ولا يجبر في الرقيق، ألا ترى أنها لا تقسم قسمة جمع في قول أبي حنيفة رضي الله عنه، وعلى هذا ينبغي أن يكون في الأول قياس واستحسان والمذكور جواب القياس وأما صفته فهي أن يكون سليماً عن العيوب الفاحشة، وسنذكره في بيان شرائط الجواز بعون الله تعالى والله الموفق.

فصل: وأما شرائط جواز إقامة الواجب وهي التضحية فهي في الأصل نوعان: نوع يعم ذبح كل حيوان مأكول، ونوع يخص التضحية؛ أما الذي يعم ذبح كل حيوان مأكول فقد ذكرناه في كتاب الذبائح، وأما الذي يخص التضحية فأنواع:

بعضها يرجع إلى من عليه التضحية، وبعضها يرجع إلى وقت التضحية، وبعضها يرجع إلى محل التضحية؛ أما الذي يرجع إلى من عليه التضحية، فمنها نية الأضحية لا تجزي بدونها، / [٣٩٤/أ ج] لأن الذبح قد يكون للحم وقد يكون للقربة والفعل لا يقع قربة بدون النية.

قال النبي ﷺ: «لا عملَ لِمَنْ لا نيةَ لَهُ»[(١)] والمراد منه عمل هو قربة وللقربة جهات من المتعة والقران والإحصار وجزاء الصيد وكفارة الحلق وغيره من المحظورات فلا تتعين الأضحية إلا بالنية.

وقال النبي ﷺ: «إنما الأعمالُ بالنيّاتِ وإنّما لكلّ امرىءٍ مَا نَوى»[(٢)] ويكفيه أن ينوي بقلبه ولا يشترط أن يقول بلسانه ما نوى بقلبه كما في الصلاة، لأن النية عمل القلب والذكر باللسان دليل عليها.

ومنها: أن لا يشارك المضحي فيما يحتمل الشركة من لا يريد القربة رأساً فإن شارك لم يجز عن الأضحية، وكذا هذا في سائر القرب سوى الأضحية إذا شارك المتقرب من لا يريد القربة لم يجز عن القربة كما في دم المتعة والقران والإحصار وجزاء الصيد وغير ذلك وهذا عندنا وعند الشافعي رحمه الله هذا ليس بشرط حتى لو اشترك سبعة في بعير أو بقرة كلهم يريدون القربة الأضحية أو غيرها من وجوه القرب إلا واحداً منهم يريد اللحم لا يجزي واحداً منهم من الأضحية ولا من غيرها من وجوه القرب عندنا وعنده يجزي.

---

(١) تقدم البيهقي في «السنن الكبرى» (٦/ ٤١) عن أنس.
(٢) تقدم تخريجه.

وجه قوله: أن الفعل إنما يصير قربه من كل واحد بنيته لا بنية صاحبه فعدم النية من أحدهم لا يقدح في قربة الباقين.

ولنا: أن القربة في إراقة الدم وأنها لا تتجزأ لأنها ذبح واحد، فإن لم يقع قربة من البعض لا يقع قربة من الباقين ضرورة عدم التجزؤ، ولو أرادوا القربة الأضحية أو غيرها من القرب أجزأهم سواء كانت القربة واجبة أو تطوعاً أو وجبت على البعض دون البعض، وسواء اتفقت جهات القربة أو اختلفت بأن أراد بعضهم الأضحية، وبعضهم جزاء الصيد، وبعضهم هدي الإحصار، وبعضهم كفارة شيء أصابه في إحرامه، وبعضهم هدي التطوع، وبعضهم دم المتعة والقران، وهذا قول أصحابنا الثلاثة.

وقال زفر رحمه الله: لا يجوز إلا إذا اتفقت جهات القربة بأن كان الكل بجهة واحدة.

وجه قوله: أن القياس يأبى الاشتراك، لأن الذبح فعل واحد لا يتجزأ فلا يتصور أن يقع بعضه عن جهة وبعضه عن جهةِ أخرى لأنه لا بعض له إلا عند الاتحاد فعند الاتحاد جعلت الجهات كجهة واحدة وعند الاختلاف لا يمكن فبقي الأمر فيه مردوداً إلى القياس.

ولنا: أن الجهات وإن اختلفت صورة فهي في المعنى واحد لأن المقصود من الكل التقرب إلى الله عز شأنه، وكذلك إن أراد بعضهم العقيقة عن ولد ولد له من قبل، لأن ذلك جهة التقرب إلى الله تعالى عز شأنه بالشكر على ما أنعم عليه من الولد كذا ذكر محمد رحمه الله في نوادر الضحايا ولم يذكر ما إذا أراد أحدهم الوليمة وهي ضيافة التزويج وينبغي أن يجوز لأنها إنما تقام شكراً لله تعالى عز شأنه على نعمة النكاح، وقد وردت السنة بذلك عن رسول الله ﷺ أنه قال: «أَوْلِمْ وَلَو بشَاةٍ»[1] فإذا قصد بها الشكر أو إقامة السنة فقد أراد بها التقرب إلى الله عز شأنه.

وروي عن أبي حنيفة رحمه الله كره الاشتراك عند اختلاف الجهة، وروي عنه أنه قال: لو كان هذا من نوع واحد لكان أحب إلي وهكذا قال أبو يوسف رحمه الله، ولو كان أحد الشركاء ذمياً كتابياً أو غير كتابي وهو يريد اللحم أو أراد القربة في دينه لم يجزهم عندنا؛ لأن الكافر لا تتحقق منه القربة فكانت نيته ملحقة بالعدم فكان مريداً للحم، والمسلم لو أراد اللحم لا يجوز عندنا فالكافر أولى، وكذلك إذا كان أحدهم عبداً أو مدبراً ويريد الأضحية، لأن نيته باطلة لأنه ليس من أهل هذه القربة فكان نصيبه لحماً فيمتنع الجواز أصلاً، وإن كان أحد الشركاء ممن يضحي عن ميت جاز.

وروي عن أبي يوسف رحمه الله: أنه لا يجوز، وذكر في الأصل إذا اشترك سبعة في بدنة فمات أحدهم قبل الذبح فرضي ورثته أن يذبح عن الميت جاز استحساناً، والقياس أن لا يجوز.

وجه القياس: أنه لما مات أحدهم فقد سقط عنه الذبح وذبح الوارث لا يقع عنه إذ الأضحية عن الميت

(١) أخرجه مالك في «الموطأ» كتاب النكاح باب ما جاء في الوليمة.
والبخاري في «صحيحه» كتاب النكاح باب الصُفْرَةِ للمتزوج (٥١٥٣) وكتاب المناقب باب إخاء النبي ﷺ بين المهاجرين والأنصار (٣٧٨١) وباب كيف آخى النبي ﷺ بين أصحابه (٣٩٣٧).
ومسلم في «الصحيح» كتاب النكاح باب الصداق وجواز كونه تعليم قرآن وخاتم حديد (٥٠٧٢).

لا تجوز فصار نصيبه اللحم وأنه يمنع من جواز ذبح الباقين من الأضحية كما لو أراد أحدهم اللحم في حال حياته.

وجه الاستحسان: أن الموت لا يمنع التقرب عن الميت بدليل أنه يجوز أن يتصدق عنه ويحج عنه وقد صح أن رسول الله ﷺ ضحى بكبشين أحدهما عن نفسه والآخر عمن لا يذبح من أمته؛ وإن كان منهم من قد مات قبل أن يذبح، فدل أن الميت يجوز أن يتقرب عنه، فإذا ذبح عنه صار نصيبه للقربة فلا يمنع جواز ذبح الباقين.

[ب/٣٩٤/ج] ولو اشترى رجل بقرة يريد أن يضحي بها ثم أشرك فيها بعد ذلك، قال هشام/: سألت أبا يوسف فأخبرني أن أبا حنيفة رحمه الله قال: أكره ذلك ويجزيهم أن يذبحوها عنهم قال: وكذلك قول أبي يوسف قال: قلت لأبي يوسف، ومن نيته أن يشرك فيها قال: لا أحفظ عن أبي حنيفة رحمه الله فيها شيئاً ولكن لا أرى بذلك بأساً.

وقال في «الأصل»: قال أرأيت في رجل اشترى بقرة يريد أن يضحي بها عن نفسه فأشرك فيها بعد ذلك ولم يشركهم حتى اشتراها فأتاه إنسان بعد ذلك فأشركه حتى استكمل يعني أنه صار سابعهم هل يجزي عنهم؟ قال نعم أستحسن، وإن فعل ذلك قبل أن يشتريها كان أحسن، وهذا محمول على الغني إذا اشترى بقرة لأضحيته لأنها لم تتعين لوجوب التضحية بها وإنما يقيمها عند الذبح مقام ما يجب عليه أو واجب عليه فيخرج عن عهدة الواجب بالفعل فيما يقيمه فيه فيجوز اشتراكهم فيها وذبحهم، إلا أنه يكره لأنه لما اشتراها ليضحي بها فقد وعد وعداً فيكره أن يخلف الوعد. فأما إذا كان فقيراً فلا يجوز له أن يشرك فيها لأنه أوجبها على نفسه بالشراء للأضحية فتعينت للوجوب فلا يسقط عنه ما أوجبه على نفسه.

وقد قالوا في مسألة الغني إذا أشرك بعدما اشتراها للأضحية إنه ينبغي أن يتصدق بالثمن وإن لم يذكر ذلك محمد رحمه الله لما روي أن رسول الله ﷺ دفع إلى حكيم بن حزام ديناراً وأمره أن يشتري له أضحية فاشترى شاة فباعها بدينارين واشترى بأحدهما شاة وجاء إلى النبي عليه الصلاة والسلام بشاة ودينار وأخبره بما صنع فقال له عليه الصلاة والسلام: «**بارك الله في صفقة يمينك**»[1] وأمر عليه الصلاة والسلام أن يضحي بالشاة ويتصدق بالدينار لما أنه قصد إخراجه للأضحية كذا ههنا.

ومنها: أن تكون نية الأضحية مقارنة للتضحية كما في باب الصلاة لأن النية معتبرة في الأصل فلا يسقط اعتبار القران إلا لضرورة كما في باب الصوم لتعذر قران النية لوقت الشروع لما فيه من الحرج.

---

(١) أخرجه أبو داود في «السنن» كتاب البيوع والإجارات باب في المضارب يخالف (٣٣٨٦).
والترمذي في «السنن» كتاب البيوع باب (٣٤) رقم (١٢٥٧) قال: أبو عيسى: حديث حكيم بن حزام لا نعرفه إلا من هذا الوجه وحبيب بن أبي ثابت لم يسمع عندي من حكيم بن حزام.
وأخرجه الحميدي في «مسنده» (٨٤٣) وأحمد في «المسند» (٤/ ٣٧٥).
والبخاري في «الصحيح» كتاب المناقب باب علامات النبوة (٣٦٤٢).
وأبو داود في «السنن» كتاب البيوع والإجارات باب في المضارب يخالف (٣٣٨٤).
وابن ماجه في «السنن» كتاب الصدقات باب الأمين يتجر فيه فيربح (٢٤٠٢) كلهم عن عروة البارقي.

ومنها: إذن صاحب الأضحية بالذبح إما نصاً أو دلالة إذا كان الذابح غيره فإن لم يوجد لا يجوز، لأن الأصل فيما يعمله الإنسان أن يقع للعامل وإنما يقع لغيره بإذنه وأمره فإذا لم يوجد لا يقع له.

وعلى هذا يخرج ما إذا غصب شاة إنسان فضحى بها عن صاحبها من غير إذنه وإجازته أنه لا يجوز. ولو اشترى شاة للأضحية فأضجعها وشد قوائمها في أيام النحر فجاء إنسان فذبحها جاز استحساناً لوجود الإذن منه دلالة لما بينا فيما تقدم.

وأما الذي يرجع إلى وقت التضحية فهو أنها لا تجوز قبل دخول الوقت، لأن الوقت كما هو شرط الوجوب فهو شرط جواز إقامة الواجب كوقت الصلاة فلا يجوز لأحد أن يضحي قبل طلوع الفجر الثاني من اليوم الأول من أيام النحر ويجوز بعد طلوعه، وسواء كان من أهل المصر أو من أهل القرى غير أن للجواز في حق أهل المصر شرطاً زائداً وهو أن يكون بعد صلاة العيد لا يجوز تقديمها عليه عندنا.

وقال الشافعي رحمه الله: إذا مضى من الوقت مقدار ما صلى فيه رسول الله ﷺ صلاة العيد جازت الأضحية وإن لم يصل الإمام، والصحيح قولنا لما روينا عن رسول الله ﷺ أنه قال: «**من ذبح قبل الصلاة فليعد أضحيته**»[1] وروي عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال: «**أول نسكنا في يومنا هذا الصلاة ثم الذبح**»[2].

وروي عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال في حديث البراء بن عازب رضي الله عنه: «**مَنْ كَانَ مِنْكُمْ ذَبَحَ قَبلَ الصَّلاة فإِنَّمَا هي غَدوَة أطعمَهُ اللَّهُ تعالى إنما الذبح بعد الصلاة**»[3] فقد رتب النبي عليه الصلاة والسلام الذبح على الصلاة وليس لأهل القرى صلاة العيد فلا يثبت الترتيب في حقهم وإن أخر الإمام صلاة العيد فليس للرجل أن يذبح أضحيته حتى يتنصف النهار فإن اشتغل الإمام فلم يصل العيد أو ترك ذلك متعمداً حتى زالت الشمس فقد حل الذبح بغير صلاة في الأيام كلها، لأنه لما زالت الشمس فقد فات وقت الصلاة وإنما يخرج الإمام في اليوم الثاني والثالث على وجه القضاء والترتيب شرط في الأداء لا في القضاء كذا ذكره القدوري رحمه الله.

وإن كان يُصلىٰ في المصر في موضعين: بأن كان الإمام قد خلف من يصلي بضعفة الناس في الجامع وخرج هو بالآخرين إلى المصلى وهو الجبانة، ذكر الكرخي رحمه الله: أنه إذا صلى أهل أحد المسجدين أيهما كان جاز ذبح الأضاحي وذكر في «**الأصل**» إذا صلى أهل المسجد فالقياس أن لا يجوز ذبح الأضحية وفي الاستحسان: يجوز.

وجه القياس: أن صلاة العيد لما كانت شرطاً لجواز الأضحية في حق أهل المصر فاعتبار صلاة أهل أحد الموضعين يقتضي أن يجوز واعتبار صلاة أهل الموضع الآخر يقتضي أن لا يجوز فلا يحكم بالجواز بالشك بل يحكم بعدم الجواز احتياطاً.

---

(١) تقدم في حديث البراء بن عازب.

(٢) لم يجده مخرجوا «**الهداية**» انظر «**نصب الراية**» ٤/ ٢٨٢ وذكر معناه عند البخاري ومسلم في «**صحيحيهما**» عن البراء بن عازب مرفوعاً.

(٣) انظر «**نصب الراية**» ٤/ ٢١٠ ـ ٢١٣.

[٣٩٥/أ/ج] وجه الاستحسان: أن الشرط صلاة العيد والصلاة في المسجد الجامع تجزي/ عن صلاة العيد بدليل أنهم لو اقتصروا عليها جاز ويقع الاكتفاء بذلك فقد وجد الشرط فجاز، وكذا في الحديث الذي روينا ترتيب الذبح على الصلاة مطلقاً وقد وجدت ولو سبق أهل الجبانة بالصلاة قبل أهل المسجد، لـم يذكر هذا في الأصل، وقيل لا رواية في هذا.

وذكر الكرخي رحمه الله أن هذا كصلاة أهل المسجد فعلى قوله يكون فيه قياس واستحسان كما إذا صلى أهل المسجد، واختلف المتأخرون: منهم من قال يجب أن يكون هذا جائزاً قياساً واستحساناً، لأن الأصل في صلاة العيد صلاة من في الجبانة، وإنما يصلي من يصلي في المسجد لعذر فوجب اعتبار الأصل دون غيرهم، ومنهم من أثبت فيه القياس والاستحسان كما في المسألة الأولى ووجهها ما ذكرنا.

ومنهم من قال: لا تجوز الأضحية بصلاة أهل الجبانة حتى يصلي أهل المسجد لأن الصلاة في المسجد هي الأصل بدليل سائر الصلوات وإنما يخرج الإمام إلى الجبانة لضرورة أن المسجد لا يتسع لهم فيجب اعتبار الأصل.

ولو ذبح والإمام في خلال الصلاة لا يجوز، وكذا إذا ضحى قبل أن يقعد قدر التشهد، ولو ذبح بعدما قعد قدر التشهد قبل السلام، قالوا على قياس قول أبـي حنيفة رحمه الله لا يجوز كما لو كان في خلال الصلاة.

وعلى قياس قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله يجوز بناء على أن خروج المصلي من الصلاة بصنعة فرض عنده، وعندهما ليس بفرض، ولو ضحى قبل فراغ الإمام من الخطبة أو قبل الخطبة جاز، لأن النبـي ﷺ رتب الذبح على الصلاة لا على الخطبة فيما روينا من الأحاديث فدل أن العبرة للصلاة لا للخطبة، ولو صلى الإمام صلاة العيد وذبح رجل أضحيته ثم تبين أنه يوم عرفة فعلى الإمام أن يعيد الصلاة من الغد وعلى الرجل أن يعيد الأضحية لأنه تبين أن الصلاة والأضحية وقعتا قبل الوقت فلم يجز، وإن تبين أن الإمام كان على غير وضوء فإن علم ذلك قبل أن يتفرق الناس يعيد بهم الصلاة باتفاق الروايات؛ وهل يجوز ما ضحى قبل الإعادة.

ذكر في بعض الروايات أنه يجوز لأنه ذبح بعد صلاة يجيزها بعض الفقهاء وهو الشافعي رحمه الله، لأن فساد صلاة الإمام لا يوجب فساد صلاة المقتدي عنده فكانت تلك صلاة معتبرة عنده، فعلى هذا يعيد الإمام وحده ولا يعيد القوم وذلك استحساناً.

وذكر في اختلاف زفر رحمه الله: أنه يعيد بهم الصلاة ولا يجوز ما ضحى قبل إعادة الصلاة، وإن تفرق الناس عن الإمام ثم علم بعد ذلك فقد ذكر في بعض الروايات أن الصلاة لا تعاد وقد جازت الأضحية عن المضحي لأنها صلاة قد جازت في قول بعض الفقهاء فترك إعادتها بعد تفرق الناس أحسن من أن ينادى الناس أن يجتمعوا ثانياً وهو أيسر من أنه تبطل أضاحيهم.

وروي عن أبـي حنيفة رحمه الله أنه تعاد الأضحية ولا تعاد بهم الصلاة لأن إعادة الأضحية أيسر من إعادة الصلاة، وروي أيضاً أنه ينادي بهم حتى يجتمعوا ويعيد بهم الصلاة.

قال البلخي رحمه الله: فعلى هذا القياس لا تجزي ذبيحة من ذبح قبل إعادة الصلاة إلا أن تكون الشمس قد زالت فتجزي ذبيحة من ذبح في قولهم جميعاً وسقطت عنهم الصلاة؛ ولو شهد ناس عند الإمام بعد نصف النهار وبعد ما زالت الشمس أن ذلك اليوم هو العاشر من ذي الحجة جاز لهم أن يضحوا ويخرج الإمام من الغد فيصلي بهم صلاة العيد.

وإن علم في صدر النهار أنه يوم النحر فشغل الإمام عن الخروج أو غفل فلم يخرج ولم يأمر أحداً يصلي بهم فلا ينبغي لأحد أن يضحي حين يصلي الإمام إلى أن تزول الشمس فإذا زالت قبل أن يخرج الإمام ضحى الناس، وإن ضحى أحد قبل ذلك لم يجز.

ولو صلى الإمام صلاة العيد وذبح رجل أضحيته، ثم تبين للإمام أن يوم العيد كان بالأمس جازت الصلاة وجاز للرجل أضحيته، ولو وقعت فتنة في مصر ولم يكن لها إمام من قبل السلطان يصلي بهم صلاة العيد فالقياس في ذلك أن يكون وقت النحر في ذلك المصر بعد طلوع الفجر يوم النحر بمنزلة القرى التي لا يصلىٰ فيها، ولكن يستحسن أن يكون وقت نحرهم بعد زوال الشمس من يوم النحر، لأن الموضع موضع الصلاة.

ألا ترى أن الإمام لو كان حاضراً كان عليهم أن يصلوا إلا أنه امتنع أداؤها العارض فلا يتغير حكم الأصل كما لو كان الإمام حاضراً فلم يصل لعارض أسباب من مرض أو غير ذلك وهناك لا يجوز الذبح إلا بعد الزوال كذا ههنا ولو ذبح أضحيته بعد الزوال من يوم عرفة ثم ظهر أن ذلك اليوم كان يوم النحر جازت الأضحية عندنا، لأن الذبح حصل في وقته فيجزيه والله عز شأنه أعلم.

هذا إذا كان من عليه الأضحية في المصر والشاة في المصر، فإن/ كان هو في المصر والشاة في [ب/٣٩٥/ج] الرستاق أو في موضع لا يصلىٰ فيه وقد كان أمر أن يضحوا عنه فضحوا بها بعد طلوع الفجر قبل صلاة العيد فإنها تجزيه وعلى عكسه لو كان هو في الرستاق والشاة في المصر، وقد أمر من يضحي عنه فضحوا بها قبل صلاة العيد فإنها لا تجيزه وإنما يعتبر في هذا مكان الشاة لا مكان من عليه، هكذا ذكر محمد عليه الرحمة في «النوادر» وقال: إنما أنظر إلى محل الذبح ولا أنظر إلى موضع المذبوح عنه، وهكذا روى الحسن عن أبي يوسف رحمه الله يعتبر المكان الذي يكون فيه الذبح ولا يعتبر المكان الذي يكون فيه المذبوح عنه وإنما كان كذلك، لأن الذبح هو القربة فيعتبر مكان فعلها لا مكان المفعول عنه، وإن كان الرجل في مصر وأهله في مصر آخر فكتب إليهم أن يضحوا عنه روي عن أبي يوسف أنه اعتبر مكان الذبيحة فقال ينبغي لهم أن لا يضحوا عنه حتى يصلي الإمام الذي فيه أهله، وإن ضحوا عنه قبل أن يصلي لم يجزه، وهو قول محمد عليه الرحمة.

وقال الحسن بن زياد: انتظرت الصلاتين جميعاً وإن شكوا في وقت صلاة المصر الآخر انتظرت به الزوال فعنده لا يذبحون عنه حتى يصلوا في المصرين جميعاً، وإن وقع لهم الشك في وقت صلاة المصر الآخر لم يذبحوا حتى تزول الشمس فإن زالت ذبحوا عنه.

وجه قول الحسن: أن فيما قلنا اعتبار الحالين، حال الذبح وحال المذبوح عنه فكان أولى، ولأبي يوسف ومحمد رحمهما الله أن القربة في الذبح والقربات المؤقتة يعتبر وقتها في حق فاعلها لا في حق المفعول عنه، ويجوز الذبح في أيام النحر نهارها ولياليها وهما ليلتان ليلة اليوم الثاني وهي ليلة الحادي عشر

وليلة اليوم الثالث وهي ليلة الثاني عشر ولا يدخل فيها ليلة الأضحى وهي ليلة العاشر من ذي الحجة لقول جماعة من الصحابة رضي الله عنهم أيام النحر ثلاثة وذكر الأيام يكون ذكر الليالي لغة؛ قال الله عز شأنه في قصة زكريا عليه الصلاة والسلام: ﴿ثلاثة أيام إلا رمزاً﴾ وقال عز شأنه في موضع آخر: ﴿ثلاث ليال سويا﴾ والقصة قصة واحدة. إلا أنه لم يدخل فيها الليلة العاشرة من ذي الحجة، لأنه استتبعها النهار الماضي وهو يوم عرفة بدليل أن من أدركها فقد أدرك الحج كما لو أدرك النهار وهو يوم عرفة فإذا جعلت تابعة للنهار الماضي لا تتبع النهار المستقبل فلا تدخل في وقت التضحية وتدخل الليلتان بعدها غير أنه يكره الذبح بالليل لا لأنه ليس بوقت للتضحية، بل لمعنى آخر ذكرناه في كتاب الذبائح، والله عز شأنه أعلم.

وأما الذي يرجع إلى محل التضحية فنوعان:

أحدهما: سلامة المحل عن العيوب الفاحشة، فلا تجوز العمياء، ولا العوراء البين عورها والعرجاء البين عرجها وهي التي لا تقدر تمشي برجلها إلى المنسك، والمريضة البين مرضها، والعجفاء التي لا تنقي وهي المهزولة التي لا نقي لها وهو المخ، ومقطوعة الأذن والألية بالكلية والتي لا أذن لها في الخلقة.

وسئل محمد رحمه الله عن ذلك فقال أيكون ذلك، فإن كان لا يجزي ويجزي السكاء وهي صغيرة الأذن، ولا يجوز مقطوعة إحدى الإذنين بكمالها والتي لها أذن واحدة خلقة.

والأصل في اعتبار هذه الشروط ما روي عن البراء بن عازب رضي الله عنهما أنه قال سمعت رسول الله ﷺ يقول: «**لا تجزي من الضحايا أربعٌ: العوراءُ البينُ عَورها، والعَرْجاء البينُ عرجها، والمريضةُ البينُ مرضها، والعجفاءُ التي لا تنقى**»[1].

وروي عن النبي ﷺ أنه قال: «**استشرفوا العين والأذن**»[2] أي تأملوا سلامتهما عن الآفات، وروي أنه عليه الصلاة والسلام: «**نهى أن يضحىٰ بعضباء الأذن**»[3]، ولو ذهب بعض هذه الأعضاء دون بعض من الأذن والآلية والذنب والعين.

ذكر في «**الجامع الصغير**» ينظر فإن كان الذاهب كثيراً يمنع جواز التضحية، وإن كان يسيراً لا يمنع،

---

(١) أخرجه النسائي في «السنن» كتاب الضحايا باب العجفاء (٧/ ٢١٥، ٢١٦).
والترمذي في «السنن» كتاب الأضاحي باب ما لا يجوز من الأضاحي (١٤٩٧).
وأبو داود في «السنن» كتاب الضحايا باب ما يكره من الضحايا (٢٨٠٢).
وابن ماجه في «السنن» كتاب الأضاحي باب ما يكره أن يضحى به (٣١٤٤).

(٢) أخرجه أحمد في «المسند» (١/ ١٢٥)، وأبو يعلى في «مسنده» (٣٣٣).
والنسائي في «السنن» في الضحايا باب المقابلة وهي ما قطع طرف أذنها (٧/ ٢١٦).
وابن ماجه في «السنن» في كتاب الأضاحي باب ما يكره أن يضحّى به (٣١٤٣).
وأبو داود في «السنن» كتاب الأضاحي باب ما يكره من الضحايا (٢٨٠٤).
والترمذي في «السنن» كتاب الأضاحي باب ما يكره من الأضاحي (١٤٩٨).
والحاكم في «المستدرك» (٤/ ٤٢٤)، والبيهقي في «السنن الكبرى» (٩/ ٢٧٥).

(٣) أخرجه أبو داود في «السنن»: كتاب الآضاحي باب ما يكره من الضحايا برقم (٢٨٠٥) والترمذي في جامعه كتاب الأضاحي باب ما جاء في الضحية بعضباء القرن والأذن (١٥٠٤) وابن ماجه في السنن كتاب الأضاحي برقم (٣١٤٥) وأحمد في «المسند» (٨٣، ١٠١، ١٢٧) والطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٢/ ٢٩٧).

لأن اليسير مما لا يمكن التحرز عنه إذ الحيوان لا يخلو عنه عادة، فلو اعتبر مانعاً لضاق الأمر على الناس ووقعوا في الحرج.

واختلف أصحابنا في الحد الفاصل بين القليل والكثير فعن أبي حنيفة رحمه الله أربع روايات روى محمد رحمه الله عنه في «الأصل» وفي «الجامع الصغير» أنه إن كان ذهب الثلث أو أقل جاز، وإن كان أكثر من الثلث لا يجوز، وروى أبو يوسف رحمه الله أنه إن كان ذهب الثلث لا يجوز، وإن كان أقل من ذلك جاز. وقال أبو يوسف رحمه الله ذكرت قولي لأبي حنيفة رحمه الله فقال قولي مثل قولك، وقول أبي يوسف أنه إن كان الباقي أكثر من الذاهب يجوز، وإن كان أقل منه أو مثله لا يجوز.

وروى أبو عبد الله البلخي عن أبي حنيفة رضي الله عنه أنه إذا ذهب الربع لم يجزه. وذكر الكرخي قول محمد مع قول أبي حنيفة في روايته عنه/ في «الأصل» وذكر القاضي في «شرحه مختصر الطحاوي» قوله مع [أ/٣٩٦/ج] قول أبي يوسف.

وجه قول أبي يوسف، وهو إحدى الروايات عن أبي حنيفة: أن القليل والكثير من الأسماء الإضافية فما كان مضافه أقل منه يكون كثيراً وما كان أكثر منه يكون قليلاً إلا أنه قد قال بعدم الجواز إذا كانا سواء احتياطاً لاجتماع جهة الجواز وعدم الجواز إلا أنه يعتبر بقاء الأكثر للجواز ولم يوجد.

وروي عن النبي ﷺ: «أَنَّهُ نَهى عن العَضْبَاء»[1]، وقال سعيد بن المسيب العضباء التي ذهب أكثر أذنها فقد اعتبر النبي ﷺ الأكثر وأما وجه رواية اعتبار الربع كثيراً فلأنه يلحق بالكثير في كثير من المواضع كما في مسح الرأس والحلق في حق المحرم ففي موضع الاحتياط أولى.

وأما وجه رواية اعتبار الثلث كثيراً فلقول النبي ﷺ في باب الوصية: «الثلث والثلث كثير»[2]، جعل عليه الصلاة والسلام الثلث كثيراً مطلقاً وأما وجه رواية اعتباره قليلاً فاعتباره بالوصية، لأن الشرع جوز الوصية بالثلث ولم يجوز بما زاد على الثلث فدل أنه إذا لم يزد على الثلث لا يكون كثيراً، وأما الهتماء وهي التي لا أسنان لها، فإن كانت ترعى وتعتلف جازت وإلا فلا.

وذكر في «المنتقى» عن أبي حنيفة رحمه الله: أنه إن كان لا يمنعها عن الاعتلاف تجزيه، وإن كان يمنعها عن الاعتلاف إلا أن يصب في جوفها صباً لم تجزه، وقال أبو يوسف في قول لا تجزي سواء اعتلفت

(١) أخرجه أبو داود في «السنن» كتاب الضحايا باب ما يكره من الضحايا (٢٨٠٥).
والترمذي في «السنن» كتاب الأضاحي باب الضحية بعضباء القرن والأذن (١٥٠٤).
وابن ماجه في «السنن» كتاب الأضاحي باب ما يكره أن يضحى به (٣١٤٥).

(٢) أخرجه أحمد في «المسند» (١/ ١٧٩)، والحميدي (٦٦).
والبخاري في «الصحيح» كتاب الفرائض باب ميراث البنات (٦٧٣٣).
ومسلم في «صحيحه» كتاب الوصية باب ما لا يجوز للموصي بماله (١٦٢٨).
والنسائي في «السنن» كتاب الوصايا، باب الوصية بالثلث (٦/ ٢٤١).
والترمذي في «السنن» كتاب الوصايا باب ما جاء في الوصية بالثلث (٢١١٦).
وابن ماجه في «السنن» الوصايا باب الوصية بالثلث (٢٧٠٨).
وأبو يعلى (٧٤٧).

أو لم تعتلف، وفي قول إن ذهب أكثر أسنانها لا تجزي كما قال في الأذن والإلية والذنب، وفي قول إن بقي من أسنانها قدر ما تعتلف تجزي وإلا فلا، وتجوز الثولاء وهي المجنونة إلا إذا كان ذلك يمنعها عن الرعي والاعتلاف فلا تجوز، لأنه يفضي إلى هلاكها فكان عيباً فاحشاً.

وتجوز الجرباء إذا كانت سمينة، فإن كانت مهزولة لا تجوز وتجزي الجماء وهي التي لا قرن لها خلقة، وكذا مكسورة القرن تجزي لما روي أن سيدنا علياً رضي الله عنه سئل عن القران فقال: لا يضرك أمرنا رسول الله ﷺ: «**أن نستشرف العين والأذن**»[١].

وروي أن رجلاً من همذان جاء إلى سيدنا علي رضي الله عنه فقال: يا أمير المؤمنين البقرة عن كم قال عن سبعة، ثم قال مكسورة القرن قال لا ضير ثم قال عرجاء فقال إذا بلغت المنسك، ثم قال سيدنا علي كرم الله وجهه أمرنا رسول الله ﷺ: «**أن نستشرف العين والأذن، فإن بلغ الكسر المشاش لا تجزيه**»[٢]، والمشاش رؤس العظام مثل الركبتين والمرفقين وتجزي الشرقاء وهي مشقوفة الأذن طولاً.

وما روي أن رسول الله ﷺ: «**نهى أن يضحى بالشرقاء والخرقاء والمقابلة والمدابرة**»[٣]، فالخرقاء هي مشقوقة الأذن والمقابلة هي التي يقطع من مقدم أذنها شيء ولا يبان بل يترك معلقاً والمدابرة أن يفعل ذلك بمؤخر الأذن من الشاة فالنهي في الشرقاء والمقابلة والمدابرة محمول على الندب، وفي الخرقاء على الكثير على اختلاف الأقاويل في حد الكثير على ما بينا ولا بأس بما فيه سمة في أذنه لأن ذلك لا يعد عيباً في الشاة أو لأنه عيب يسير لأن السمة لا يخلو عنها الحيوان ولا يمكن التحرز عنها.

ولو اشترى رجل أضحية وهي سمينة فعجفت عنده حتى صارت بحيث لو اشتراها على هذه الحالة لم تجزه إن كان موسراً، وإن كان معسراً أجزأته لأن الموسر تجب عليه الأضحية في ذمته وإنما أقام ما اشترى لها مقام ما في الذمة، فإذا نقصت لا تصلح أن تقام مقام ما في الذمة فبقي ما في ذمته بحاله.

وأما الفقير فلا أضحية في ذمته، فإذا اشتراها للأضحية فقد تعينت الشاة المشتراة للقربة فكان نقصانها كهلاكها حتى لو كان الفقير أوجب على نفسه أضحية لا تجوز هذه لأنها وجبت عليه بإيجابه فصار كالغني الذي وجبت عليه بإيجاب الله عز شأنه.

ولو اشترى أضحية وهي صحيحة ثم أعورت عنده وهو موسر أو قطعت أذنها كلها أو أليتها أو ذنبها أو انكسرت رجلها فلم تستطع أن تمشي لا تجزي عنه وعليه مكانها أخرى لما بينا بخلاف الفقير.

وكذلك إذا ماتت عنده أو سرقت، ولو قدم أضحية ليذبحها فاضطربت في المكان الذي يذبحها فيه

---

(١) تقدم.
(٢) أخرجه أحمد في «المسند» (١/ ٩٥).
والترمذي في «السنن» كتاب الأضاحي باب ما جاء في الضحية بعضباء القرن والأذن (١٥٠٣).
والدارمي في «السنن» كتاب الأضاحي باب ما لا يجوز في الأضاحي (١٩٥١).
(٣) أخرجه أحمد في «المسند» (١/ ٨٠، ١٠٨، ١٢٨، ١٤٩).
وقد تقدم في حديث عليّ رضي الله عنه.

فانكسرت رجلها ثم ذبحها على مكانها أجزأه؛ وكذلك إذا انقلبت منه الشفرة فأصابت عينها فذهبت، والقياس أن لا يجوز.

وجه القياس: أن هذا عيب دخلها قبل تعيين القربة فيها فصار كما لو كان قبل حال الذبح.

وجه الاستحسان: أن هذا مما لا يمكن الاحتراز عنه لأن الشاة تضطرب فتلحقها العيوب من اضطرابها، وروي عن أبي يوسف أنه قال لو عالج أضحية ليذبحها فكسرت أو/ أعورت فذبحها ذلك اليوم، [ب/٣٩٦/ج] أو من الغد فإنها تجزي لأن ذلك النقصان لما لم يعتد به في الحال لو ذبحها فكذا في الثاني كالنقصان اليسير؛ والله عز شأنه أعلم.

والثاني: ملك المحل وهو أن يكون المضحي ملك من عليه الأضحية، فإن لم يكن لا تجوز؛ لأن التضحية قربة ولا قربة في الذبح بملك الغير بغير إذنه، وعلى هذا يخرج ما إذا اغتصب شاة إنسان فضحى بها عن نفسه أنه لا تجزيه لعدم الملك ولا عن صاحبها لعدم الإذن ثم إن أخذها صاحبها مذبوحة وضمنه النقصان فكذلك لا تجوز عن التضحية وعلى كل واحد منهما أن يضحي بأخرى لما قلنا، وإن ضمنه صاحبها قيمتها حية فإنها تجزي عن الذابح، لأنه ملكها بالضمان من وقت الغصب بطريق الظهور والاستناد فصار ذابحاً شاة هي ملكه فتجزيه لكنه يأثم لأن ابتداء فعله وقع محظوراً فتلزمه التوبة والاستغفار، وهذا قول أصحابنا الثلاثة.

وقال زفر: لا تجزي عن الذابح أيضاً بناء على أن المضمونات تملك بالضمان عندنا، وعند زفر لا تملك، وبه أخذ الشافعي، وأصل المسألة في كتاب الغصب وكذلك إذا اغتصب شاة إنسان كان اشتراها للأضحية فضحاها عن نفسه بغير أمره لما قلنا، وكذلك الجواب في الشاة المستحقة بأن اشترى شاة ليضحي بها فضحى بها ثم استحقها رجل بالبينة أنه إن أخذها المستحق مذبوحة لا تجزي عن واحد منهما وعلى كل واحد منهما أن يضحي بشاة أخرى ما دام في أيام النحر وإن مضت أيام النحر فعلى الذابح أن يتصدق بقيمة شاة وسط ولا يلزمه التصدق بقيمة تلك الشاة المشتراة لأنه بالاستحقاق تبين أن شراءه إياها للأضحية والعدم بمنزلة، بخلاف ما إذا اشترى شاة للأضحية ثم باعها حيث يلزمه التصدق بقيمتها؛ لأن شراءه إياها للأضحية قد صح لوجود الملك فيجب عليه التصدق بقيمتها، وإن تركها عليه وضمنه قيمتها جاز الذبح عندنا كما في الغصب.

ولو أودع رجل رجلاً شاة يضحي بها المستودع عن نفسه يوم النحر فاختار صاحبها القيمة ورضي بها فأخذها فإنها لا تجزي المستودع من أضحيته بخلاف الشاة المغصوبة والمستحقة.

ووجه الفرق: أن سبب وجوب الضمان ههنا هو الذبح والملك ثبت بعد تمام السبب وهو الذبح فكان الذبح مصادفاً ملك غيره فلا يجزيه بخلاف الغاصب فإنه كان ضامناً قبل الذبح لوجود سبب وجوب الضمان وهو الغصب السابق فعند اختيار الضمان أو أدائه يثبت الملك له من وقت السبب وهو الغصب فالذبح صادف ملك نفسه فجاز.

وكل جواب عرفته في الوديعة فهو الجواب في العارية والإجارة بأن استعار ناقة أو ثوراً أو بعيراً أو استأجره فضحى به أنه لا يجزيه عن الأضحية سواء أخذها المالك أو ضمنه القيمة، لأنها أمانة في يده وإنما

يضمنها بالذبح فصار كالوديعة، ولو كان مرهوناً ينبغي أن يجوز لأنه يصير ملكاً له من وقت القبض كما في الغصب بل أولى.

ومن المشايخ من فصل في الرهن تفصيلاً لا بأس به فقال إن كان قدر الرهن مثل الدين أو أقل منه يجوز، فأما إذا كانت قيمته أكثر من الدين فينبغي أن لا يجوز، لأنه إذا كان كذلك كان بعضه مضموناً وبعضه أمانة ففي قدر الأمانة إنما يضمنه بالذبح فيكون بمنزلة الوديعة.

ولو اشترى شاة بيعاً فاسداً فقبضها فضحى بها جاز لأنه يملكها بالقبض وللبائع أن يضمنه قيمتها حية إن شاء، وإن شاء أخذها مذبوحة، لأن الذبح لا يبطل حقه في الاسترداد فإن ضمنه قيمتها حية فلا شيء على المضحي وإن أخذها مذبوحة فعلى المضحي أن يتصدق بقيمتها مذبوحة لأنه بالرد أسقط الضمان عن نفسه فصار كأنه باعها بمقدار القيمة التي وجبت عليه.

وكذلك لو وهب له شاة هبة فاسدة فضحى بها فالواهب بالخيار إن شاء ضمنه قيمتها حية، وتجوز الأضحية ويأكل منها وإن شاء استردها واسترد قيمة النقصان ويضمن الموهوب له قيمتها فيتصدق بها إذا كان بعد مضي وقت الأضحية.

وكذلك المريض مرض الموت لو وهب شاة من رجل في مرضه وعليه دين مستغرق فضحى بها الموهوب له فالغرماء بالخيار إن شاؤا استردوا عينها وعليه أن يتصدق بقيمتها، وإن شاؤا ضمنوه قيمتها فتجوز الأضحية، لأن الشاة كانت مضمونة عليه، فإذا ردها فقد أسقط الضمان عن نفسه كما قلنا في البيع الفاسد.

ولو اشترى شاة بثوب فضحى بها المشتري ثم وجد البائع بالثوب عيباً فرده فهو بالخيار إن شاء ضمنه قيمة الشاة ولا يتصدق المضحي ويجوز له الأكل وإن شاء استردها ناقصة مذبوحة فبعد ذلك ينظر إن كانت قيمة الثوب أكثر يتصدق بالثوب كأنه باعها بالثوب، وإن كانت قيمة الشاة أكثر يتصدق بقيمة الشاة، لأن الشاة كانت مضمونة عليه فيرد ما أسقط/ [أ/٣٩٧/ج] الضمان عن نفسه كأنه باعها بثمن ذلك القدر من قيمتها فيتصدق بقيمتها.

ولو وجد بالشاة عيباً فالبائع بالخيار إن شاء قبلها ورد الثمن ويتصدق المشتري بالثمن إلا حصة النقصان لأنه لم يوجب حصة النقصان على نفسه، وإن شاء لم يقبل ورد حصة العيب ولا يتصدق المشتري بها، لأن ذلك النقصان لم يدخل في القربة، وإنما دخل في القربة ما ذبح وقد ذبح ناقصاً إلا في جزاء الصيد فإنه ينظر إن لم يكن مع هذا العيب عدلاً للصيد فعليه أن يتصدق بالفضل لما نذكر.

ولو وهب لرجل شاة فضحى بها الموهوب له أجزأته عن الأضحية لأنه ملكها بالهبة والقبض فصار كما لو ملكها بالشراء فلو أنه ضحى بها ثم أراد الواهب أن يرجع في هبتة فعند أبي يوسف رحمه الله ليس له ذلك بناء على أن الأضحية بمنزلة الوقف عنده، فإذا ذبحها الموهوب له عن أضحيته أو أوجبها أضحية لا يملك الرجوع فيها كما لو أعتق الموهوب له العبد أنه ينقطع حق الواهب عن الوجوع كذا ههنا.

وعند محمد عليه الرحمة: له ذلك لأن الذبح نقصان والنقصان لا يمنع الرجوع ولا يجب على

المضحي أن يتصدق بشيء. لأن الشاة لم تكن مضمونة عليه فصار في الحكم بمنزلة ابتداء الهبة، ولو وهبها أو استهلكها لا شيء عليه.

هذا ولو كان هذا في جزاء الصيد أو في كفارة الحلف أو في موضع يجب عليه التصدق باللحم فإذا رجع الواهب في الهبة فعليه أن يتصدق بقيمتها، لأن التصدق واجب عليه فصار كما إذا استهلكها، ولأنه ذبح شاة لغيره حق الرجوع فيها فصار كأنه هو الذي دفع إليه، والرجوع في الهبة بقضاء وبغير قضاء سواء في هذا الفصل يفترق الجواب بين ما يجب صدقة وبين ما لا يجب؛ وفي الفصول الأول يستوي الجواب بينهما.

ولو وهب المريض مرض الموت شاة لإنسان وقبضها الموهوب له فضحاها ثم مات الواهب من مرضه ذلك ولا مال له غيرها فالورثة بالخيار إن شاؤا ضمنوا الموهوب له ثلثي قيمتها حية، وإن شاؤا أخذوا ثلثيها مذبوحة فإن ضمنوه ثلثي قيمتها حية فلا شيء على الموهوب له، لأنها لو كانت مغصوبة فضمن قيمتها لا شيء عليه غير ذلك فهذه أولى، وإن أخذوا ثلثيها اختلف المشايخ فيه.

قال بعضهم: القياس أن يتصدق بثلثي قيمتها حية لأن الموهوب له قد ضمن ثلثي قيمتها حية ثم سقط عنه ثلث قيمتها حية يأخذ الورثة منه ثلثي الشاة مذبوحة فصار كأنه باعها بذلك وقضىٰ ديناً عليه بثلثي الشاة فعليه أن يتصدق بذلك القدر.

وقال بعضهم: لا شيء عليه إلا ثلثي قيمتها مذبوحة، لأن الورثة لما أخذوا ثلثيها مذبوحة فقد أبرأوا الموهوب له من فضل ما بين ثلثيه قيمتها حية إلى ثلثي قيمتها مذبوحة فلا يجب على الموهوب له إلا ثلثا قيمتها مذبوحة.

وهكذا ذكر في نوادر الضحايا عن محمد عليه الرحمة في هذه المسألة أن الورثة بالخيار إن شاؤا ضمنوا ثلثي قيمة الشاة وسلموا له لحمها وإن شاؤا أخذوا ثلثي لحمها وكانوا شركاءه فيها، فإن ضمنوا ثلثي القيمة أجزأت عنه الأضحية، وإن شاركوه فيها وأخذوا ثلثي لحمها فعليه أن يتصدق بثلثي قيمتها مذبوحة وقد أجزأت عنه من قبل أنه ذبحها وهو يملكها والله عز شأنه أعلم.

فصل: وأما بيان ما يستحب قبل التضحية وعندها وبعدها وما يكره، أما الذي هو قبل التضحية فيستحب أن يربط الأضحية قبل أيام النحر بأيام لما فيه من الاستعداد للقربة وإظهار الرغبة فيها فيكون له فيه أجر وثواب وأن يقلدها ويجللها اعتباراً بالهدايا، والجامع أن ذلك يشعر بتعظيمها قال الله تعالى: **﴿ذَٰلِكَ وَمَنْ يعظِّم شَعَائِرَ اللَّهِ فإنها من تَقْوَى القُلُوب﴾**[1] وأن يسوقها إلى المنسك سوقاً جميلاً لا عنيفاً وأن لا يجر برجلها إلى المذبح كما ذكرنا في كتاب الذبائح.

ولو اشترى شاة للأضحية فيكره أن يحلبها أو يجز صوفها فينتفع به لأنه عينها للقربة فلا يحل له الانتفاع بجزء من أجزائها قبل إقامة القربة فيها كما لا يحل له الانتفاع بلحمها إذا ذبحها قبل وقتها، ولأن الحلب والجز يوجب نقصاً فيها وهو ممنوع عن إدخال النقص في الأضحية.

---

(١) سورة الحج، الآية: (٣٢).

ومن المشايخ من قال: هذا في الشاة المنذور بها بعينها من المعسر أو الموسر أو الشاة المشتراة للأضحية من المعسر.

فأما المشتراة من الموسر للأضحية فلا بأس أن يحلبها ويجز صوفها لأن في الأول تعينت الشاة لوجوب التضحية بها بدليل أنه لا تقوم التضحية بغيرها مقامها، وإذا تعينت لوجوب التضحية بها بتعيينه لا يجوز له الرجوع في جزء منها، وفي الثاني لم تتعين/ للوجوب بل الواجب في ذمته وإنما يسقط بها ما في ذمته بدليل أن غيرها يقوم مقامها فكانت جائزة الذبح لا واجبة الذبح. [ب/٣٩٧/ج]

والجواب: على نحو ما ذكرنا فيما تقدم أن المشتراة للأضحية متعينة للقربة إلى أن يقام غيرها مقامها فلا يحل الانتفاع بها ما دامت متعينة، ولهذا لا يحل له لحمها إذا ذبحها قبل وقتها.

فإن كان في ضرعها لبن وهو يخاف عليها إن لم يحلبها نضح ضرعها بالماء البارد حتى يتقلص اللبن لأنه لا سبيل إلى الحلب ولا وجه لإبقائها كذلك لأنه يخاف عليها الهلاك فيتضرر به، فتعين نضح الضرع بالماء البارد لينقطع اللبن فيندفع الضرر، فإن حلب تصدق باللبن لأنه جزء من شاة متعينة للقربة ما أقيمت فيها القربة فكان الواجب هو التصدق به كما لو ذبحت قبل الوقت فعليه أن يتصدق بمثله لأنه من ذوات الأمثال، وإن تصدق بقيمته جاز، لأن القيمة تقوم مقام العين.

وكذلك الجواب في الصوف والشعر والوبر؛ ويكره له بيعها لما قلنا، ولو باع جاز في قول أبي حنيفة ومحمد عليهما الرحمة، لأنه بيع مال مملوك منتفع به مقدور التسليم وغير ذلك من الشرائط فيجوز.

وعند أبي يوسف رحمه الله: لا يجوز لما روي عنه أنه بمنزلة الوقف ولا يجوز بيع الوقف، ثم إذا جاز بيعها على أصلهما فعليه مكانها مثلها أو أرفع منها فيضحي بها فإن فعل ذلك فليس عليه شيء آخر.

وإن اشترى دونها فعليه أن يتصدق بفضل ما بين القيمتين ولا ينظر إلى الثمن وإنما ينظر إلى القيمة حتى لو باع الأولى بأقل من قيمتها واشترى الثانية بأكثر من قيمتها وثمن الثانية أكثر من ثمن الأولى يجب عليه أن يتصدق بفضل قيمة الأولى، فإن ولدت الأضحية ولداً يذبح ولدها مع الأم كذا ذكر في الأصل، وقال أيضاً وإن باعه يتصدق بثمنه، لأن الأم تعينت للأضحية والولد يحدث على وصف الأم في الصفات الشرعية فيسري إلى الولد كالرق والحرية.

ومن المشايخ من قال: هذا في الأضحية الموجبة بالنذر كالفقير إذا اشترى شاة للأضحية، فأما الموسر إذا اشترى شاة للأضحية فولدت لا يتبعها ولدها، لأن في الأول تعين الوجوب فيسري إلى الولد وفي الثاني لم يتعين لأنه تجوز التضحية بغيرها فكذا ولدها.

وذكر القدوري رحمه الله وقال: كان أصحابنا يقولون: يجب ذبح الولد ولو تصدق به جاز لأن الحق لم يسر إليه ولكنه متعلق به فكان كجلالها وخطامها فإن ذبحه تصدق بقيمته، وإن باعه تصدق بثمنه ولا يبيعه ولا يأكله، وقال بعضهم لا ينبغي له أن يذبحه، وقال بعضهم إنه بالخيار إن شاء ذبحه أيام النحر وأكل منه كالأم وإن شاء تصدق به، فإن أمسك الولد حتى مضت أيام النحر تصدق به لأنه فات ذبحه فصار كالشاة المنذورة.

وذكر في «المنتقى» إذا وضعت الأضحية فذبح الولد يوم النحر قبل الأم أجزأه فإن تصدق به يوم الأضحى قبل أن يعلم فعليه أن يتصدق بقيمته.

قال القدوري رحمه الله: وهذا على أصل محمد عليه الرحمة أن الصغار تدخل في الهدايا ويجب ذبحها. ولو ولدت الأضحية تعلق بولدها من الحكم ما يتعلق بها فصار كما لو فات بمضي الأيام. ويكره له ركوب الأضحية واستعمالها والحمل عليها، فإن فعل فلا شيء عليه إلا أن يكون نقصها ذلك فعليه أن يتصدق بنقصانها.

ولو آجرها صاحبها ليحمل عليها؛ قال بعض المشايخ: ينبغي أن يغرم ما نقصها الحمل فإنه ذكر في «المنتقى» في رجل أهدى ناقة ثم آجرها ثم حمل عليها فإن صاحبها يغرم ما نقصها ذلك ويتصدق بالكراء كذا ههنا.

وأما الذي هو في حال التضحية، فبعضها يرجع إلى نفس التضحية، وبعضها يرجع إلى من عليه التضحية، وبعضها يرجع إلى الأضحية، وبعضها يرجع إلى وقت التضحية، وبعضها يرجع إلى آلة التضحية.

أما الذي يرجع إلى نفس التضحية فما ذكرنا في كتاب الذبائح وهو أن المستحب هو الذبح في الشاة والبقر والنحر في الإبل، ويكره القلب من ذلك وقطع العروق الأربعة كلها، والتذفيف في ذلك وأن يكون الذبح من الحلقوم لا من القفا.

وأما الذي يرجع إلى من عليه التضحية، فالأفضل أن يذبح بنفسه إن قدر عليه لأنه قربة فمباشرتها بنفسه أفضل من توليتها غيره كسائر القربات.

والدليل عليه ما روي: «**أن رسول الله ﷺ ساق مائة بدنة فنحر منها نيفاً وستين بيده الشريفة عليه الصلاة والسلام ثم أعطى المدية سيدنا علياً رضي الله عنه فنحر الباقين**»[1] وهذا إذا كان الرجل يحسن الذبح ويقدر عليه، فأما إذا لم يحسن فتوليته غيره فيه أولى.

وقد روي عن أبي حنيفة رضي الله عنه أنه قال: نحرت بدنة قائمة معقولة فلم أشق عليها فكدت أهلك ناساً لأنها نفرت فاعتقدت/ أن لا أنحرها إلا باركة معقولة وأولى من هو أقدر على ذلك مني. [١/٣٩٨/ج]

وفي حديث أنس رضي الله عنه أن النبي عليه الصلاة والسلام: «**ضَحَّى بكَبْشَيْنِ أملحين أقرنين**»[2] قال أنس: فرأيت النبي عليه الصلاة والسلام واضعاً قدمه على صفاحهما، أي على جوانب عنقهما وهو يذبحهما بيده عليه الصلاة والسلام مستقبل القبلة فذبح الأول. فقال: «**«بسم اللَّهِ واللَّهُ أكبرُ اللهمَّ هَذَا عَنْ محمدٍ وعَنْ آل محمد ثمَّ ذَبَحَ الآخرَ وقال عليه الصلاة والسلام: «اللهم هذا عمَّنْ شهِدَ لك بالتّوحيدِ وشَهِدَ لي بالبلاغ**»[3].

---

(١) تقدم.
(٢) تقدم.
(٣) أخرجه عبد بن حميد في «مسنده» (١١٤٦) عن جابر.
وأخرجه عن أبي هريرة وعائشة أحمد في «المسند» (٦/١٣٦، ٢٢٥). =

ويستحب أن يكون الذابح حال الذبح متوجهاً إلى القبلة لما روينا، وإذا لم يذبح بنفسه يستحب له أن يأمر مسلماً فإن أمر كتابياً يكره لما قلنا، ويستحب أن يحضر الذبح لما روي عن سيدنا علي رضي الله عنه أنّ النبـي عليه السلام قال لسيدتنا فاطمة رضي الله عنها: «**يا فاطمة بنت محمد قومي فاشهدي ضحيتك فإنه يغفر لكِ بأول قطرة تقطر من دمها مغفرة لكل ذنب أما إنه يجاء بدمها ولحمها فيوضع في ميزانك وسبعون ضعفاً**» فقال أبو سعيد الخدري رضي الله عنه: يا نبي الله هذا لآل محمدٍ خاصةً فإنهم أهلٌ لما خُصُّوا به من الخير أم لآل محمدٍ وللمسلمين عامةً فقال: «**هذا لآل محمد خاصة وللمسلمين عامة**»[1].

وفي حديث عمران بن الحصين رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «**يا فاطمة قومي فاشهدي أضحيتك فإنه يُغفر لك بأول قطرة تقطر من دمها كل ذنب عملتيه وقولي إن صلاتي ونسكي ومحياي ومماتي لله رب العالمين لا شريك له**»[2] وأن يدعو فيقول اللهم منك ولك صلاتي ونسكي ومحياي ومماتي لله رب العالمين لا شريك له وبذلك أمرت وأنا من المسلمين لما روينا وان يقول ذلك قبل التسمية أو بعدها. لما روي عن جابر رضي الله عنه قال: «**ضحى رسول الله ﷺ بكبشين فقال حين وجههما: وجهت وجهي للذي فطر السموات والأرض حنيفاً مسلماً اللهم منك ولك عن محمد وأمته بسم الله والله أكبر**»[3].

وروي عن الحسن بن المعتم الكناني قال خرجت مع سيدنا علي بن أبـي طالب رضي الله عنه يوم الأضحى إلى عيد فلما صلّى قال: يا قنبر أدْنِ مني أحدَ الكبشين فأخذَ بيده فأضجعه، ثم قال: وجهت وجهي للذي فطر السموات والأرض حنيفاً وما أنا من المشركين إن صلاتي ونسكي ومحياي ومماتي لله رب العالمين لا شريك له وبذلك أمرت وأنا من المسلمين بسم الله اللهم منك ولك بسم الله والله أكبر اللهم تقبّل من عليّ فذبحه ثم دعا بالثاني ففعل به مثل ذلك.

ويستحب أن يجرد التسمية عن الدعاء فلا يخلط معها دعاءً وإنما يدعو قبل التسمية أو بعدها ويكره حالة التسمية.

= وابن ماجه في «السنن» كتاب الأضاحي باب أضاحي رسول الله ﷺ رقم (٣١٢٢) وفي «**الزوائد**»: في إسناده عبد الله بن محمد مختلف فيه.

(١) أخرجه الطبراني في «**الكبير**» و «**الأوسط**» كما في «**مجمع الزوائد**» (٤/ ١٧) وقال الهيثمي وفيه أبو حمزة الثُمالي وهو ضعيف عن عمران.
والحاكم في «المستدرك» (٤/ ٢٢٢) وقال: هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه.
وقال الذهبـي بل أبو حمزة ضعيف جداً وإسماعيل ليس بذاك. عن عمران وأبـي سعيد.
والبيهقي في «السنن الكبرى» (٩/ ٢٨٣) عن عمران بن حصين وعن أبـي سعيد.
وابن أبـي حاتم في «**العلل**» عن أبـي سعيد مختصراً وقال: فسمعت أبـي يقول هو حديث منكر (٢/ ٣٩).

(٢) انظر طرقه في «نصب الراية» (٤/ ٢١٩).

(٣) أخرجه أحمد في «المسند» (٣/ ٣٧٥) وابن ماجه في «السنن» كتاب الأضاحي باب أضاحي رسول الله ﷺ (٣١٢١).
وأبو داود في «السنن» كتاب الضحايا باب ما يستحب من الضحايا (٢٧٩٥).
والدارمي في «السنن» كتاب الأضاحي باب السنة في الأضحية (١٩٤٦).
والبيهقي في «السنن الكبرى» (٩/ ٢٨٥، ٢٨٧).

وأما الذي يرجع إلى الأضحية فالمستحب أن يكون أسمنَها وأحسنَها وأعظمَها لأنها مطية الآخرة، قال عليه الصلاة والسلام: «**عظِّمُوا ضَحَايَاكُمْ فإنّها على الصِّراطِ مَطَايَاكُم**»(١) ومهما كانت المطية أعظم وأسمن كانت على الجواز على الصراط أقدر وأفضل الشاه أن يكون كبشاً أملح أقرن موجوأ، لما روى جابر رضي الله عنه: «**أن رسول الله ﷺ ضحّى بكبشين أملحين أقرنين موجوأين عظيمين سمينين**»(٢) والأقرن العظيم القرن والأملح الأبيض، وروي عليه الصلاة والسلام أنه قال: «**دم العفراء يعدل عند الله مثل دم السوداوين وإن أحسن اللون عند الله البياض والله خلق الجنة بيضاء**»(٣) والموجوء قيل هو مدقوق الخصيتين، وقيل هو الخضي كذا روي عن أبي حنيفة رحمه الله فإنه روي عنه أنه سئل عن التضحية بالخصي، فقال ما زاد في لحمه أنفع مما ذهب من خصيتيه.

وأما الذي يرجع إلى وقت التضحية فالمستحب هو اليوم الأول من أيام النحر لما روينا عن جماعة من الصحابة رضي الله عنهم أنهم قالوا أيام النحر ثلاثة أولها أفضلها، ولأنه مسارعة إلى الخير، وقد مدح الله جل شأنه المسارعين إلى الخيرات السابقين لها بقوله عز شأنه: ﴿**أولئك يسارعون في الخيرات وهم لها سابقون**﴾ وقال عز شأنه ﴿**وسارعوا إلى مغفرة من ربكم**﴾ أي إلى سبب المغفرة ولأن الله جل شأنه أضاف عباده في هذه الأيام بلحوم القرابين فكانت التضحية في أول الوقت من باب سرعة الإجابة إلى ضيافة الله جل شأنه.

والمستحب أن تكون بالنهار، ويكره أن تكون بالليل لما ذكرنا في كتاب الذبائح والصيود، وأفضل وقت التضحية لأهل السواد ما بعد طلوع الشمس لأن عنده يتكامل آثار أول النهار والله عز وجل أعلم.

وأما الذي يرجع إلى آلة التضحية فما ذكرنا في كتاب الذبائح وهو أن تكون آلة الذبح حادة من الحديد.

وأما الذي هو بعد الذبح فالمستحب أن/ يتربص بعد الذبح قدر ما يبرد ويسكن من جميع أعضائه [ب/٣٩٨م] وتزول الحياة عن جميع جسده، ويكره أن ينخع ويسلخ قبل أن يبرد لما ذكرنا في كتاب الذبائح.

ولصاحب الأضحية أن يأكل من أضحيته لقوله تعالى: ﴿**فكلوا منها**﴾ ولأنه ضيف الله جل شأنه في هذه الأيام كغيره فله أن يأكل من ضيافة الله عز شأنه وجملة الكلام فيه أن الدماء أنواع ثلاثة: نوع يجوز لصاحبه أن يأكل منه بالإجماع، ونوع لا يجوز له أن يأكل منه بالإجماع، ونوع اختلف فيه.

---

(١) أخرجه صاحب «مسند الفردوس» كما في «تلخيص الحبير» (٤/ ١٣٨). وقال: قال ابن الصلاح: هذا الحديث غير معروف ولا ثابت فيما علمناه، اهـ. وقد أشار ابن العربي إليه في «شرح الترمذي» بقوله: ليس في فضل الأضحية حديث صحيح.
ورواه الضياء في «المنتقى من مسموعاته بمرو» (٣٣/ ٢) بلفظ: «استفرهوا ضحاياكم...».

(٢) أخرجه أحمد في «المسند» (٢/ ٣٩١) عن أبي هريرة قال الهيثمي: ورجاله رجال الصحيح.
وأخرجه الطبراني في «الكبير» عن ابن عباس كما في «مجمع الزوائد» وقال: وفيه: عبد الله بن خِراش، وثقه ابن حبان وقال: ربما أخطأ، وضعفه الجمهور. «مجمع الزوائد» (٤/ ٢٥).

(٣) أخرجه أحمد في «المسند» (٢/ ٤١٧) عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «دم عفراء أحب إليّ من دم سوداوين» والحاكم في «المستدرك» (٤/ ٢٢٧) وسكت عنه.
والبيهقي في «السنن الكبرى» (٩/ ٢٧٣) عن أبي هريرة وعن ابن عباس.
وقال: قال البخاري ويرفعه بعضهم ولا يصح.

فالأول: دم الأضحية نفلاً كان أو واجباً منذوراً كان أو واجباً مبتدأ.

والثاني: دم الإحصار وجزاء الصيد ودم الكفارة الواجبة بسبب الجناية على الإحرام كحلق الرأس ولبس المخيط والجماع بعد الوقوف بعرفة وغير ذلك من الجنايات ودم النذر بالذبح.

والثالث: دم المتعة والقران فعندنا يؤكل، وعند الشافعي رحمه الله لا يؤكل وهي من مسائل المناسك ثم كل دم يجوز له أن يأكل منه لا يجب عليه أن يتصدق به بعد الذبح إذ لو وجب عليه التصدق لما جاز له أن يأكل منه وكل دم لا يجوز له أن يأكل منه يجب عليه أن يتصدق به بعد الذبح إذ لو لم يجب لأدى إلى التسييب، ولو هلك اللحم بعد الذبح لا ضمان عليه في النوعين جميعاً.

أما في النوع الأول فظاهر، وأما في الثاني فلأنه هلك عن غير صنعه فلا يكون مضموناً عليه، وإن استهلكه بعد الذبح إن كان من النوع الثاني يغرم قيمته لأنه أتلف مالاً متعيناً للتصدق به فيغرم قيمته ويتصدق بها، وإن كان من النوع الأول لا يغرم شيئاً، ولو باعه نفذ سواء كان من النوع الأول أو الثاني فعليه أن يتصدق بثمنه.

ويستحب له أن يأكل من أضحيته لقوله تعالى عز شأنه: ﴿فَكُلُوا مِنهَا وَأَطعِمُوا البَائِسَ الفَقِيرَ﴾[1].

وروي عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال: «إذا ضحّى أحدُكُم فليَأكُلْ مِنْ أضْحِيَتِهِ ويُطعم منهُ غَيرَهُ»[2] وروي عن سيدنا علي رضي الله عنه أنه قال لغلامه قنبر حين ضحى بالكبشين يا قنبر خذ لي من كل واحد منهما بضعة وتصدق بهما بجلودهما وبرؤوسهما وبأكارعهما، والأفضل أن يتصدق بالثلث ويتخذ الثلث ضيافة لأقاربه وأصدقائه ويدخر الثلث لقوله تعالى: ﴿فكلوا منها وأطعموا القانع والمعتر﴾[3] وقوله عز شأنه: ﴿فَكُلُوا مِنهَا وَأَطعِمُوا البائِسَ الفَقِير﴾[4].

وقول النبي عليه الصلاة والسلام: «كُنتُ نَهيتُكم عَنْ لُحُوم الأضاحي فَكُلُوا مِنهَا وادّخِرُوا»[5] فثبت بمجموع الكتاب العزيز والسنة أن المستحب ما قلنا ولأنه يوم ضيافة الله عز وجل بلحوم القرابين فيندب إشراك الكل فيها ويطعم الفقير والغني جميعاً لكون الكل أضياف الله تعالى عز شأنه في هذه الأيام وله أن يهبه منهما جميعاً، ولو تصدق بالكل جاز، ولو حبس الكل لنفسه جاز، لأن القربة في الإراقة.

وأما التصدق باللحم فتطوع وله أن يدخر الكل لنفسه فوق ثلاثة أيام، لأن النهي عن ذلك كان في ابتداء الإسلام ثم نسخ بما روي عن النبي عليه السلام أنه قال: «إنّي كُنتُ نَهيتُكُم عَنْ إمسَاكِ لُحُومِ الأضَاحي فوقَ ثَلاثَةِ أيَامٍ ألا فأمسِكُوا مَا بَدَا لَكُمْ»[6].

---

(١) سورة الحج، الآية: (٢٨).

(٢) أخرج بمعناه البخاري في «الصحيح» كتاب الأضاحي باب ما يؤكل من لحوم الأضاحي (٥٥٦٩) ومسلم في «الصحيح» كتاب الأضاحي باب بيان ما كان من النهي عن لحوم الأضاحي (٢٩٧٤) والبيهقي في «السنن الكبرى» (٩/ ٢٩٢).

(٣) سورة الحج، الآية: (٣٦).

(٤) سورة الحج، الآية: (٢٨).

(٥) انظر الحديث التالي.

(٦) أخرجه مالك في «الموطأ» (٢/ ٤٨٤، ٤٨٥) الضحايا باب ادخار لحوم الأضاحي.
ومسلم في «الصحيح» كتاب الأضاحي: باب بيان ما كان من النهي عن أكل لحوم الأضاحي (١٩٧١).

وروي أنه عليه الصلاة والسلام قال: «**إنما نهيتكم لأجل الرَّأفة**» دون حضرة الأضحى إلا أن إطعامها والتصدق أفضل إلا أن يكون الرجل ذا عيال وغير موسع الحال، فإن الأفضل له حينئذ أن يدعه لعياله ويوسع به عليهم، ولأن حاجته وحاجة عياله مقدمة على حاجة غيره.

قال النبيّ عليه الصلاة والسلام: «**ابدأ بنفسِكَ ثُمَّ بغيْرِكَ**»[1] ولا يحل بيع جلدها وشحمها ولحمها وأطرافها ورأسها وصوفها وشعرها ووبرها ولبنها الذي يحلبه منها بعد ذبحها بشيء لا يمكن الانتفاع به إلا باستهلاك عينه من الدراهم والدنانير والمأكولات والمشروبات ولا أن يعطى أجر الجزار والذابح منها لما روي عن رسول الله ﷺ أنه قال: «**مَنْ بَاعَ جِلْدَ أُضحِيَتِهِ فَلاَ أُضحيَةَ لَهُ**»[2].

وروي أن النبي عليه الصلاة والسلام قال لعلي رضي الله عنه: «**تصدق بجلالها وخطامها ولا تعطي أجر الجزار منها**»[3]، وروي عن سيدنا علي كرم الله وجهه أنه قال: إذا ضحيتم فلا تبيعوا لحوم ضحاياكم ولا جلودها وكلوا منها وتمتعوا، ولأنها من ضيافة الله عز شأنه التي أضاف بها عباده وليس للضيف أن يبيع من طعام الضيافة شيئاً، فإن باع شيئاً من ذلك نفذ عند أبي حنيفة ومحمد، وعند أبي يوسف لا ينفذ لما ذكرنا فيما قبل الذبح ويتصدق بثمنه، لأن القربة ذهبت عنه فيتصدق به، ولأنه استفاده بسبب محظور وهو البيع فلا يخلو عن خبث فكان سبيله التصدق وله أن ينتفع بجلد أضحيته في بيته بأن يجعله سقاء أو فرواً أو غير ذلك لما روي عن سيدتنا عائشة رضي الله عنها أنها اتخذت من جلد أضحيتها سقاء.

ولأنه يجوز الانتفاع بلحمها فكذا بجلدها.

وله أن يبيع هذه الأشياء بما يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه من متاع البيت كالجراب والمنخل؛ لأن البدل الذي يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه يقوم مقام المبدل فكان المبدل قائماً معنى فكان الانتفاع به كالانتفاع بعين الجلد بخلاف البيع بالدراهم والدنانير، لأن ذلك مما لا يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه فلا يقوم مقام الجلد فلا يكون الجلد قائماً معنى والله تعالى عز شأنه أعلم.

= والبخاري في «**الصحيح**» كتاب الأطعمة: باب ما كان السلف يدخرون في بيوتهم (٥٤٢٣).
وباب القديد (٥٤٣٨) وأحمد في «**المسند**» (٦/ ١٢٧، ١٢٨، ١٨٧).
والنسائي في «**السنن**» كتاب.

(١) أخرجه مسلم في «**الصحيح**» كتاب الزكاة باب الإبتداء في النفقة بالنفس ثم أهله ثم القرابة (٩٩٧).
والنسائي في «**السنن**» كتاب البيوع باب بيع المدبر (٧/ ٣٠٤).
والبيهقي في «**السنن الكبرى**» (١٠/ ٣٠٩).
وعبد الرزاق في «**المصنف**» (١٦٦٦٤).
وأحمد في «**المسند**» (٣/ ٣٦٩).

(٢) أخرجه الحاكم في «**المستدرك**» وقال: هذا حديث صحيح ولم يخرجاه.
قال الذهبي في «**التلخيص**» ابن عياش ضعفه أبو داود (٢/ ٣٩٠).
والبيهقي في «**السنن الكبرى**» (٩/ ٢٩٤).

(٣) أخرجه البخاري في «**الصحيح**» كتاب الحج باب يتصدق بجلود الهدي (١٧١٧).
ومسلم في «**الصحيح**» كتاب الحج باب في الصدقة بلحوم الهدي وجلودها وجلالها (١٣١٧).

كتاب النـذر

الكلام في هذا الكتاب في الأصل في ثلاثة مواضع: في بيان ركن النذر، وفي بيان شرائط الركن، وفي بيان حكم النذر، أما الأول فركن النذر هو الصيغة الدالة عليه وهو قوله لله عز شأنه علي كذا أو عليَّ كذا أو هذا هدي أو صدقة أو مالي صدقة أو ما أملك صدقة ونحو ذلك.

فصل: وأما شرائط الركن فأنواع: بعضها يتعلق بالناذر. وبعضها يتعلق بالمنذور به، وبعضها يتعلق بنفس الركن، أما الذي يتعلق بالناذر فشرائط الأهلية، منها العقل، ومنها البلوغ فلا يصح نذر المجنون والصبي الذي لا يعقل، لأن حكم النذر وجوب المنذور به وهما ليسا من أهل الوجوب، وكذا الصبي العاقل لأنه ليس من أهل وجوب الشرائع.

ألا ترى أنه لا يجب عليهما شيء من الشرائع بإيجاب الشرع ابتداءً فكذا بالنذر إذ الوجوب عند وجود الصيغة من الأهل في المحل بإيجاب الله تعالى لا بإيجاب العبد إذ ليس للعبد ولاية الإيجاب وإنما الصيغة علم على إيجاب الله تعالى.

ومنها: الإسلام فلا يصح نذر الكافر حتى لو نذر ثم أسلم لا يلزمه الوفاء به وهو ظاهر مذهب الشافعي[1] رحمه الله؛ لأن كون المنذور به قربة شرط صحة النذر وفعل الكافر لا يوصف بكونه قربة.

وأما حرية الناذر: فليست من شرائط الصحة فيصح نذر المملوك ثم إن كان المنذور به من القرب الدينية كالصلاة والصوم ونحوهما يجب عليه للحال؛ ولو كان من القرب المالية كالإعتاق والإطعام ونحو ذلك يجب عليه بعد العتاق لأنه ليس من أهل الملك للحال ولو قال: إن اشتريت هذه الشاة فهي هدي أو إن اشتريت هذا العبد فهو حر فعتق لم يلزمه حتى يضيفه إلى ما بعد العتق في قياس قول أبـي حنيفة وقد ذكرناه في كتاب العتاق.

وأما الطواعية: فليست بشرط عندنا خلافاً للشافعي رحمه الله كما في اليمين، وكذا الجد والهزل والله عز شأنه أعلم.

وأما الذي يرجع إلى المنذور به فأنواع: منها أن يكون متصور الوجود في نفسه شرعاً فلا يصح النذر

(١) انظر «مغني المحتاج» (٤/ ٣٥٤).

بما لا يتصور وجوده شرعاً، كمن قال لله تعالى عليّ أن أصوم ليلاً أو نهاراً أكل فيه وكالمرأة إذا قالت لله علي أن أصوم أيام حيضي لأن الليل ليس محل الصوم والأكل مناف للصوم حقيقة والحيض مناف له شرعاً إذ الطهارة عن الحيض والنفاس شرط وجود الصوم الشرعي.

ولو قالت: لله علي أن أصوم غداً فحاضت في غد أو قالت لله علي أن أصوم يوم يقدم فلان فقدم في يوم حاضت فيه لا شيء عليها عند محمد، وعند أبي يوسف عليها قضاء ذلك اليوم وهي من مسائل الصوم.

وعلى هذا يخرج ما إذا قال لله تعالى عليّ أن أصوم اليوم الذي يقدم فيه فلان فقدم في النهار أنه إن قدم قبل الزوال أو قبل أن يتناول شيئاً من المفطرات يلزمه صومه، وإن قدم بعد الزوال أو بعد ما تناول شيئاً من المفطرات لا يلزمه شيء، لأنه أوجب على نفسه صوم يوم موصوف بأنه يوجد فيه قدوم فلان ولا علم له بهذا اليوم قبل القدوم ولا دليل العلم ولا وجوب لهذا الصوم بدون العلم أو دليله، لأن ما ثبت أداؤه على قصد المؤدي في تحصيله لا يجب أداؤه إلا بعد العلم بوجوبه أو دليل العلم فلم يجب الصوم ما لم يوجد اليوم الموصوف ولا وجود إلا بالقدوم فصار الوجوب على هذا التخريج متعلقاً بالقدوم ووجوب صوم يوم لم تزل فيه الشمس ولم يتناول شيئاً من المفطرات متصور كما لو أنشأ النذر فوجب عليه للحال ولا تصور له بعد التناول وبعد الزوال فلا يجب عليه شيء بخلاف اليمين بأن قال والله لأصومن اليوم الذي يقدم فيه فلان فقدم بعدما أكل أو بعد الزوال حنث في يمينه.

والفرق: أن في باب النذر يجب الفعل حقاً لله تعالى، لأن الوجوب بإيجاب الله تعالى عند مباشرة سبب الوجوب من العبد فصار هذا وسائر العبادات المقصودة على السواء.

وأما في باب اليمين فالفعل في نفسه غير واجب بل الواجب هو الامتناع عن هتك حرمة اسم الله تعالى عز شأنه وإنما وجب الفعل لضرورة حصول البر وحصول البر أيضاً لضرورة الامتناع عن الهتك فوجوبه لا يفتقر إلى العلم فكان وجوب تحصيل البر والامتناع ثابتاً قبل وجود دليل الوجوب وهو القدوم فوجب عليه البر من أول وجود هذا اليوم الذي حلف أن يصومه وإن لم يكن له به علم، فإذا لم يصم بأن أكل أو امتنع من النذر حتى زالت الشمس حنث في يمينه لفوات البر والله عز شأنه أعلم.

ومنها: أن يكون قربة فلا يصح النذر بما ليس بقربة رأساً كالنذر بالمعاصي بأن يقول لله عز شأنه عليّ أن أشرب الخمر أو أقتل فلاناً أو أضربه أو أشتمه ونحو ذلك لقوله عليه الصلاة والسلام: «**لاَ نَذْرَ في مَعْصِيَةِ الله تَعَالَى**»[1] وقوله ﷺ: «**مَنْ نَذَرَ أَنْ يَعصِيَ اللَّهَ تَعَالَى فَلا يَعصِهِ**»[2] ولأن حكم النذر وجوب المنذور

---

(١) أخرجه أحمد في «**المسند**» (٦/ ٢٤٧)، وأبو داود في «**السنن**» كتاب الأيمان باب من رأى عليه كفارة (٣٢٩٢).
والترمذي في «**السنن**» كتاب النذور والأيمان باب ما جاء عن رسول الله ﷺ (١٥٢٥).
والنسائي في «**السنن**» كتاب الأيمان: باب كفارة النذر (٧/ ٢٦).

(٢) أخرجه مالك في «**الموطأ**» كتاب الأيمان: باب ما لا يجوز من النذور (٢/ ٤٧٦).
والبخاري في «**الصحيح**» كتاب الأيمان والنذور باب النذور في الطاعة (٦٦٩٦).
ومسلم في «**الصحيح**» كتاب النذر باب لا وفاء لنذر في معصية الله ولا فيما لا يملك العبد (١٦٤١).
وأبو داود في «**السنن**» كتاب الأيمان والنذور: باب النذر فيما لا يملك (٣٣١٦). =

به ووجوب فعل المعصية محال، وكذا النذر بالمباحات من الأكل والشرب والجماع ونحو ذلك لعدم وصف القربة لاستوائهما فعلاً وتركاً، وكذا لو قال: عليّ طلاق امرأتي لأن الطلاق ليس بقربة فلا يلزم بالنذر وهل يقع الطلاق به. فيه كلام نذكره إن شاء الله تعالى.

ومنها: أن يكون قربة مقصودة فلا يصح النذر بعيادة المرضى وتشييع الجنائز والوضوء والاغتسال ودخول المسجد ومس المصحف والأذان وبناء الرباطات والمساجد وغير ذلك، وإن كانت قرباً لأنها ليست بقرب مقصودة ويصح النذر بالصلاة والصوم والحج والعمرة والإحرام بهما والعتق والبدنة والهدي والاعتكاف ونحو ذلك لأنها قرب مقصودة؛ وقد قال النبيّ ﷺ: «مَنْ نَذَرَ أَنْ يُطيعَ الله تَعَالى فلْيُطِعْهُ»[1].

وقال ﷺ: «مَنْ نَذَرَ وسمّىٰ فَعلَيْهِ وَفاؤُهُ بمَا سَمّىٰ»[2] إلا أنه خص منه المسمى الذي ليس بقربة أصلاً، والذي ليس بقربة مقصودة فيجب العمل بعمومه فيما وراءه.

ومن مشايخنا من أصل في هذا أصلاً فقال: ما له أصل في الفروض يصح النذر به ولا شك أن ما سوى الاعتكاف من الصلاة والصوم وغيرهما له أصل في الفروض والاعتكاف له أصل أيضاً في الفروض وهو الوقوف بعرفة وما لا أصل له في الفروض لا يصح النذر به كعيادة المرضى وتشييع الجنازة ودخول المسجد ونحوها، وعلل بأن النذر إيجاب العبد فيعتبر بإيجاب الله تعالى ولو قال لله عليَّ أن أصوم يوم النحر أو أيام التشريق يصح نذره عند أصحابنا الثلاثة ويفطر ويقضي.

وقال زفر رحمه الله والشافعي: لا يصح نذره. لهما أنه نذر بما هو معصية لكون الصوم في أيام التشريق منهياً عنه لقوله عليه الصلاة والسلام: «أَلاَ لاَ تَصُومُوا في هَذِهِ الأيّامِ فإنّها أيّام أكلٍ وَشُربٍ»[3] والمنهي عنه يكون معصية والنذر بالمعاصي لا يصح لما بينا.

والدليل عليه: أن الصوم في هذه الأيام لا يلزم بالشروع ولا يضمن بالقضاء عند الإفساد بأن أصبح صائماً ثم أفطر.

ولنا: أنه نذر بقربة مقصودة فيصح النذر كما لو نذر بالصوم في غير هذه الأيام ودلالة الوصف النص والمعقول.

= والنسائي في «السنن» كتاب الأيمان والنذور باب النذر فيما لا يملك (٧/ ١٩).
وابن ماجه في «السنن» كتاب الكفارات باب النذور في المعصية.

(١) أخرجه مالك في «الموطأ» (٢/ ٤٧٦) والبخاري في «صحيحه» (١١/ ٥٨١) في الأيمان والنذور، باب النذر في الطاعة برقم (٦٦٩٦).

(٢) أخرجه أبو داود في «السنن» كتاب الأيمان والنذور باب من نذر نذراً لا يطيقه (٣٣٢٢). وابن ماجه في «السنن» كتاب الكفارات باب من نذر نذراً لا يطيقه (٢١٢٨).

(٣) أخرجه أحمد في «المسند» (١/ ٧٦، ١٠٤، ٩٢) عن علي رضي الله عنه و (٣/ ٤١٥، ٤/ ٣٣٥) وابن ماجه في «السنن» (١٧٢٠) كتاب الصيام باب ما جاء في النهي عن صيام أيام التشريق.
والنسائي في «السنن» (٨/ ١٠٤) كتاب الأيمان باب تأويل قوله عز وجل: ﴿قالت الأعراب آمنا قل لم تؤمنوا ولكن قولوا أسلمنا﴾ عن بشر بن سُحيم الغفاري.

أما النص: فقوله عليه الصلاة والسلام خبراً عن الله تعالى جل شأنه: «الصوم لي وَأَنَا أَجْزي به»[١] من غير فصل.

وأما المعقول فهو: أنه سبب التقوى والشكر ومواساة الفقراء؛ لأن الصائم في زمان الصوم يتقي الحلال فالحرام أولى ويعرف قدر نعم الله تعالى جل شأنه عليه بما تجشم من مرارة الجوع والعطش فيحمله ذلك على الشكر وعلى الإحسان إلى الفقراء لما عرف قدر مقاساة المبتلىٰ بالجوع والفقر، وهذه المعاني موجودة في الصوم في هذه الأيام، وأنها معانٍ مستحسنة عقلاً والنهي لا يرد عما عرف حسنه عقلاً لما فيه من التناقض فيحمل على غير مجاور له صيانة لحجج الله تعالى عن التناقض عملاً بالدلائل بقدر الإمكان.

وأما فصل الشروع والقضاء فممنوع عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله، وعند أبي حنيفة عليه الرحمة إنما يلزم بالشروع ولا يجب القضاء بالإفطار، لأن لزوم الإتمام في صوم التطوع لضرورة صيانة المؤدىٰ عن الإبطال لأن إبطال العمل حرام، وههنا صاحب الحق وهو الله تعالى جلت عظمته رضي بإبطال حقه فلا يحرم الإبطال فلا يلزم الإتمام ووجوب القضاء ضرورة لزوم الإتمام فإذا لم يلزم لا يجب.

ولو قال: عليَّ المشي إلى بيت الله تعالى أو إلى الكعبة أو إلى مكة أو إلى بكة فعليه حجة أو عمرة ماشياً وإن شاء ركب وعليه ذبح شاة لركوبه.

وجملة الكلام فيه: أن المكان نوعان: مكان يصح الدخول فيه بغير إحرام وهو ما سوى الحرم كمسجد المدينة على صاحبها أفضل الصلاة والسلام ومسجد بيت المقدس وغيرهما من سائر المساجد والأماكن، ومكان لا يصح الدخول فيه بغير إحرام وهو الحرم، والحرم مشتمل على مكة ومكة على المسجد الحرام والمسجد الحرام على الكعبة، فالناذر إما أن يسمي في النذر الكعبة أو بيت الله تعالى أو مكة أو بكة أو الحرم أو المسجد الحرام والأفعال التي يوجبها على نفسه شبه ألفاظ المشي والخروج والسفر والركوب والذهاب والإياب، فإن أوجب على نفسه شيئاً من هذه الأفعال وأضافه إلى مكان يصح دخوله فيه بغير إحرام لا يصح إيجابه، لأنه أوجب على نفسه التحويل من مكان إلى مكان وذا ليس بقربة مقصودة ولا يصح النذر بما ليس بقربة.

والدليل عليه ما روي أن امرأة جاءت إلى رسول الله ﷺ فقالت: يا رسول الله إني نذرت إن فتح لك مكة أن أصلّي مائتي ركعة في مائة مسجد، فقال عليه الصلاة والسلام: «صَلِّي فِيْ مَسْجِدٍ وَاحِدٍ»[٢] فلم يصحح

---

(١) أخرجه أحمد في «المسند» (٢/ ٢٧٣).
والبخاري في «الصحيح» كتاب الصوم باب هل يقول: إني صائم إذا شتم (١٩٠٤).
ومسلم في «الصحيح» كتاب الصيام باب فضل الصيام (١١٥١).
والنسائي في «السنن» كتاب الصيام باب فضل الصوم (٤/ ١٦٣، ١٦٤).

(٢) أخرجه أحمد في «المسند» (٣/ ٣٦٣) وأخرجه الدارمي في «السنن» (٣/ ١٨٤ ـ ١٨٥) كتاب النذور والأيمان باب من نذر أن يصلي في بيت المقدس. . ، وأخرجه أبو داود في «السنن» (٣/ ٨٠٢) كتاب الأيمان (١٦) باب من نذر أن يصلي. . . (٢٤) الحديث (٣٣٠٥) واللفظ له. والبيهقي في «السنن» (١٠/ ٨٢).
وصححه ابن دقيق العيد في الاقتراح كما في «تلخيص الحبير» (٤/ ١٩٦).

=

عليه الصلاة والسلام ندرها بالصلاة في كل مسجد والنذر بخلاف اليمين، فإن اليمين تنعقد بهذه الألفاظ بأن يقول: والله لأذهبن إلى موضع كذا أو لأسافرن أو غيرهما من الألفاظ، لأن اليمين لا يقف انعقادها على كون المحلوف عليه قربة بل ينعقد على القربة وغيرها بخلاف النذر، وإن أضاف إيجاب شيء من هذه الأفعال إلى المكان الذي لا يصح الدخول فيه بغير إحرام ينظر، فإن أضاف إيجاب ما سوى المشي إليه لا يصح ولا يلزمه شيء لما ذكرنا أن التحول من مكان إلى مكان ليس بقربة في نفسه، وإن أضاف إيجاب المشي إليه، فإن ذكر سوى ما ذكرنا من الأمكنة من الكعبة وبيت الله تعالى ومكة وبكة والمسجد الحرام والحرم بأن أوجب على نفسه المشي إلى الصفا والمروة ومسجد الخيف وغيرها من المساجد التي في الحرم لا يصح نذره بلا خلاف، وإن ذكر الكعبة وبيت الله عز شأنه أو مكة أو بكة يصح نذره ويلزمه حجة أو عمرة ماشياً، وإن شاء ركب وذبح لركوبه شاة وهذا استحسان، والقياس أن لا يصح ولا يلزمه شيء.

وجه القياس: أن من شرط صحة النذر أن يكون المنذور به قربة مقصودة ولا قربة في نفس المشي وإنما القربة في الإحرام وإنه ليس بمذكور، ولهذا لم يصح بسائر الألفاظ سوى لفظ المشي.

وجه الاستحسان: أن هذا الكلام عندهم كناية عن التزام الإحرام يستعملونه لالتزام الإحرام بطريق الكناية من غير أن يعقل فيه وجه الكناية بمنزلة قوله لله عليّ أن أضرب بثوبي حطيم الكعبة كناية عن التزام الصدقة باصطلاحهم والإحرام يكون بالحجة أو بالعمرة فيلزمه أحدهما بخلاف سائر الألفاظ فإنها ما جرت عادتهم بالتزام الإحرام بها، والمعتبر في الباب عرفهم وعادتهم ولا عرف هناك فيلزمه ذلك ماشياً لأنه التزم المشي وفيه زيادة قربة.

قال النبي عليه الصلاة والسلام: «**من حج ماشياً فله بكل خطوة حسنة من حسنات الحرم**» قيل: وما حسنات الحرم، قال عليه الصلاة والسلام: «**واحدة بسبعمائة**»[١] فجاز التزامه بالنذر كصفة التتابع في الصوم فيمشي حتى يطوف طواف الزيارة، لأن بذلك يقع الفراغ من أركان الحج إلا أن له أن يركب ويذبح لركوبه شاة، لما روي أن أخت أبي سعيد الخدري رضي الله عنهما نذرت أن تحج ماشية، فقال النبي عليه الصلاة والسلام لأبي سعيد الخدري: «**إن الله تعالى غني عن تعذيب أختك مرها فلتركب ولترق دماً**»[٢].

= ليس فيه قصة المرأة ولكن رجل قال لرسول الله: إني نذرت من الفتح إن فتح الله عليك أن أصلي في بيت المقدس، فقال: صلِّ ههنا فأعادها مرتين أو ثلاثاً فقال رسول الله ﷺ: «فشأنك إذاً».
وروى البيهقي في «السنن الكبرى» قصة عن امرأة أمرتها ميمونة زوج النبي ﷺ أن تصلي في مسجد رسول الله «البيهقي» (١٠/ ٨٣).

(١) أخرجه الحاكم في «المستدرك» (١/ ٤٦١) عن ابن عباس.
وقال: هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه، وقال الذهبي في «التلخيص»: قلت ليس بصحيح أخشى أن يكون كذباً وعيسى قال أبو حاتم منكر الحديث.
والبيهقي في «السنن الكبرى» (٤/ ٣٣١) وقال: وفيه ضعف.
تفرد به عيسى بن سوادة هذا وهو مجهول.
وهو عندهما بلفظ: «كل حسنة بمائة ألف حسنة».

(٢) انظر ما بعده.

وما روي في بعض الروايات أن عقبة بن عامر الجهني سأل رسول الله ﷺ فقال: إن أختي نذرت أن تحج البيت ماشية غير مختمرة؛ فقال عليه الصلاة والسلام: **«إن الله غني عن تعذيب أختك فلتركب ولتهد شاة»**[1] وفي بعضها أن أخت عقبة بن عامر نذرت أن تمشي إلى بيت الله تعالى حافية حاسرة فذكر ذلك عقبة لرسول الله ﷺ، فقال عليه الصلاة والسلام: **«إن الله تعالى غني عن عناء أختك مرها فلتركب ولتهد شاة وتحرم إن شاءت بحجة وإن شاءت بعمرة»**.

وروي عن سيدنا علي رضي الله عنه أنه قال: من جعل على نفسه الحج ماشياً حج وركب وذبح لركوبه شاة، رواه في الأصل، وإنما استوى فيه لفظ الكعبة وبيت الله ومكة وبكة، لأن كل واحد من هذه الألفاظ يستعمل عند استعمال الآخر، يقال فلان مشى إلى بيت الله وإلى الكعبة وإلى مكة وإلى بكة ولا يقال مشى إلى الصفا والمروة، وإن ذكر المسجد الحرام أو الحرم، قال أبو حنيفة رحمه الله: لا يصح نذره ولا يلزمه شيء، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: يلزمه حجة أو عمرة.

وجه قولهما: أن الحرم مشتمل على البيت وعلى مكة فصار كأنه قال علي المشي إلى بيت الله وإلى مكة.

ولأبي حنيفة رحمه الله: أن القياس أن لا يجب شيء بإيجاب المشي المضاف إلى مكان ما لما ذكرنا أن المشي ليس بقربة مقصودة إذ هو انتقال من مكان إلى مكان فليس في نفسه قربة، ولهذا لا يجب بسائر الألفاظ إلا أنا أوجبنا عليه الإحرام في لفظ المشي إلى بيت الله أو إلى الكعبة أو إلى مكة أو إلى بكة للعرف حيث تعارفوا استعمال ذلك كناية عن التزام الإحرام ولم يتعارفوا استعمال غيرها من الألفاظ.

ألا ترى أنه يقال: مشى إلى مكة والكعبة وبيت الله، ولا يقال مشى إلى الحرم أو المسجد الحرام كما يقال: مشى إلى الصفا والمروة، والكناية يتبع فيها عين اللفظ لا المعنى، بخلاف المجاز فإنه يراعىٰ فيه المعنى اللازم المشهور في محل الحقيقة، لأن الكناية ثابتة بالاصطلاح كالأسماء الموضوعة فيتبع فيها العرف واستعمال اللفظ بخلاف المجاز، ولو قال علي المشي إلى بيت الله وهو ينوي مسجداً من مساجد الله سوى المسجد الحرام لم يلزمه شيء لأنه نوى ما يحتمله لفظه، لأن كل مسجد بيت الله تعالى فصحت نيته على أن الظاهر إن كانت إرادة الكعبة من هذا الكلام لا غير لكن هذا أمر بينه وبين الله تعالى فيكتفي فيه باحتمال اللفظ إياه في الجملة.

---

(١) أخرجه أحمد في «المسند» (١/ ٢٥٣، ٤/ ١٤٩) والدارمي في «السنن» كتاب النذور باب في كفارة النذر (٢٣٣٤، ٢٣٣٥) وأبو داود في «السنن» كتاب النذور والأيمان باب من رأى عليه كفارة النذر (٣٢٩٢، ٣٢٩٧).
والبخاري في «الصحيح» جزاء الصيد باب من نذر المشي إلى الكعبة (١٨٦٦).
ومسلم في «الصحيح» كتاب النذر: باب من نذر أن يمشي إلى الكعبة (١٦٤٤).
والترمذي في «السنن» كتاب النذور والأيمان باب (١٦).
والنسائي في «السنن» كتاب الأيمان والنذور باب من نذر أن يمشي إلى بيت الله (٧/ ١٩).
وابن ماجه في «السنن» كتاب الكفارات باب من نذر أن يحج ماشياً (٢١٣٤).
والبيهقي في «السنن الكبرى» (١٠/ ٧٨، ٧٩، ٨٠).

ولو قال: أنا أحرم أو أنا محرم أو أهدي أو أمشي إلى البيت، فإن نوى به الإيجاب يكون إيجاباً لأنه يذكر ويراد به الإيجاب كقولنا أشهد أن لا إله إلا الله أنه يكون توحيداً وكقول الشاهد عند القاضي أشهد أنه يكون شهادة فقد نوى ما يحتمله لفظه، وإن نوى أن يعد من نفسه عدة ولا يوجب شيئاً كان عدة ولا شيء عليه، لأن اللفظ يحتمل العدة لأنه يستعمل في العدات، وإن لم يكن له نية فهو على الوعد، لأنه غلب استعماله فيه فعند الإطلاق يحمل عليه.

هذا إذا لم يعلقه بالشرط فإن علقه بالشرط بأن قال إن فعلت كذا فأنا أحرم فهو على الوجوه التي بينا أنه إن نوى الإيجاب يكون إيجاباً، وإن نوى الوعد يكون وعداً لما قلنا، وإن لم يكن له نية فهو على الإيجاب بخلاف الفصل الأول، لأن العدات لا تتعلق بالشروط، وإن الواجبات تتعلق بها فالمعرفة إلى الإيجاب بقرينة التعليق بالشرط ولم توجد القرينة في الفصل الأول فصار الحاصل أن هذا اللفظ في غير المعين بالشرط على الوعد إلا أن ينوي به الإيجاب وفي المعلق يقع على الإيجاب إلا أن ينوي به الوعد.

ولو قال: لله تعالى عليَّ أن أنحر ولدي أو أذبح ولدي يصح نذره ويلزمه الهدي وهو نحر البدنة أو ذبح الشاة، والأفضل هو الإبل ثم البقر ثم الشاة وإنما ينحر أو يذبح في أيام النحر سواء كان في الحرم أو لا، وهذا استحسان، وهو قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، والقياس أن لا يصح نذره، وهو قول أبي يوسف وزفر والشافعي[1] رحمهم الله.

وجه القياس: أنه نذر بما هو معصية والنذر بالمعاصي غير صحيح، ولهذا لم يصح بلفظ القتل.

وجه الاستحسان: قول النبي ﷺ: «**من نذر أن يطيع الله فليطعه**»[2] وقوله عليه الصلاة والسلام: «**من نذر وسمى فعليه الوفاء بما سمى**»[3] والمراد من الحديثين النذر بما هو طاعة مقصودة وقربة مقصودة وقد نذر بما هو طاعة مقصودة وقربة مقصودة، لأنه نذر بذبح الولد تقديراً بما هو خلف عنه وهو ذبح الشاة فيصح النذر بذبح الولد على وجه يظهر أثر الوجوب في الشاة التي هي خلف عنه كالشيخ الفاني إذا نذر أن يصوم رجب أنه يصح نذره وتلزمه الفدية خلفاً عن الصوم، ودليل ما قلنا الحديث وضرب من المعقول.

أما الحديث فقول النبي ﷺ: «**أنا ابن الذبيحين**»[4] أراد أول آبائه من العرب وهو سيدنا إسماعيل عليه الصلاة والسلام، وآخر آبائه حقيقة وهو عبد الله بن عبد المطلب سماهما عليه الصلاة والسلام ذبيحين ومعلوم أنهما ما كانا ذبيحين حقيقة فكانا ذبيحين تقديراً بطريق الخلافة لقيام الخلف مقام الأصل.

وأما المعقول: فلأن المسلم إنما يقصد بنذره التقرب إلى الله تعالى إلا أنه عجز عن القرب بذبح الولد تحقيقاً فلم يكن ذلك مراداً من النذر وهو قادر على ذبحه تقديراً بذبح الخلف وهو ذبح الشاة، فكان هذا نذراً بذبح الولد تقديراً بذبح ما هو خلف عنه حقيقة كالشيخ الفاني إذا نذر بالصوم وإنما لا يصح بلفظ القتل لأن

---

(١) انظر «الأم» (٧/ ٦٨).

(٢) تقدم.

(٣) تقدم.

(٤) أخرجه الحاكم في «المستدرك» (٢/ ٥٥٤) وسكت عنه وتعقبه الذهبي بقوله: إسناده واهٍ.

التعيين بالنذر وقع للواجب على سيدنا إبراهيم عليه الصلاة والسلام، والواجب هناك بالإيجاب المضاف إلى ذبح الولد بقوله تعالى عز شأنه: ﴿إني أرى في المنام أني أذبحك﴾ على أن هذا حكم ثبت استحساناً بالشرع والشرع إنما ورد بلفظ الذبح لا بلفظ القتل ولا يستقيم القياس، لأن لفظ القتل لا يستعمل في تفويت الحياة على سبيل القربة والذبح يستعمل في ذلك.

ألا ترى أنه لو نذر بقتل شاة لا يلزمه، ولو نذر بذبحها لزمه ولو نذر بنحر نفسه لم يذكر في ظاهر الروايات.

وذكر في «**نوادر هشام**» أنه على الاختلاف الذي ذكرنا، ولو نذر بنحر ولد ولده، ذكر في شرح الآثار أنه على الاختلاف، ولو نذر بنحر والديه أو جده أو جدته يصح نذره عند أبي حنيفة رحمه الله وعند الباقين لا يصح.

ولو نذر بذبح عبده عند محمد رحمه الله يصح وعند الباقين لا يصح وإنما اختلف أبو حنيفة ومحمد فيما بينهما مع اتفاقهما في الولد لاختلافهما في المعنى في الولد فالمعنىٰ في الولد عند أبي حنيفة رحمه الله هو أنه نذر بالتقرب إلى الله تعالى بذبح ما هو أعز الأشياء عنده، وهذا المعنىٰ يوجد في الوالدين ولا يوجد في العبد، وعند محمد رحمه الله المعنى في الولد أن النذر بذبحه تقرب إلى الله تعالى بما هو من مكاسبه والولد في معنى المملوك له شرعاً.

قال النبي ﷺ: «**إن أطيب ما أكل الرجل من كسبه**»[1] وإن ولده من كسبه فعديَ الحكم إلى المملوك حقيقة وهو العبد وإلى النفس وولد ولده لكونهما في معنى المملوك له ولم يعد إلى الوالدين لانعدام هذا المعنى.

وعلى هذا القياس ينبغي أن يصح نذر الجد بذبح الحافد، وعند محمد لا يصح وإذا أوجب على نفسه الهدي فهو بالخيار بين الأشياء الثلاثة إن شاء أهدى شاة وإن شاء بقرة وإن شاء إبلاً وأفضلها أعظمها، لأن اسم الهدي يقع على كل واحد منهم.

ولو أوجب على نفسه بدنة فهو بالخيار بين شيئين: الإبل والبقر، والإبل أفضل، لأن اسم البدانة يقع على كل واحد منهما، ولو أوجب جزوراً فعليه الإبل خاصة، لأن اسم الجزور يقع عليه خاصة، ولا يجوز فيهما إلا ما يجوز في الأضاحي وهو الثني من الإبل والبقر والجذع من الضأن إذا كان ضخماً.

ولا يجوز ذبح الهدي الذي أوجب إلا في الحرم لقوله تعالى: ﴿**ثم محلها إلى البيت العتيق**﴾[2] ولم يرد به نفس البيت بل البقعة التي هو فيها وهي الحرم، لأن الدم لا يراق في البيت، والمراد من قوله تعالى: ﴿**وليطوفوا بالبيت العتيق**﴾[3] نفس البيت، لأنه هناك ذكر الطواف بالبيت، وههنا أضافه إلى البيت لذلك افترقا، ولأن الهدي اسم لما يهدىٰ إلى مكان الهدايا ومكان الهدايا هو الحرم ولا يحل له الانتفاع بها ولا

---

(١) تقدم.

(٢) سورة الحج، الآية: (٣٣).

(٣) سورة الحج، الآية: (٢٩).

بشيء منها إلا في حال الضرورة؛ فإن اضطر إلى ركوبها ركبها ويضمن ما نقص ركوبه عليها، وهذه من مسائل المناسك.

ولو أوجب على نفسه أن يهدي مالاً بعينه، فإن كان مما لا يحتمل الذبح يلزمه أن يتصدق به أو بقيمته على فقراء مكة، وإن كان مما يذبح ذبحه في الحرم وتصدق بلحمه على فقراء مكة، ولو تصدق به على فقراء الكوفة جاز، كذا ذكر في الأصل.

ولو أوجب بدنة فذبحها في الحرم وتصدق على الفقراء جاز بالإجماع، ولو ذبح في غير الحرم وتصدق باللحم على الفقراء جاز عن نذره في قول أبـي حنيفة ومحمد رحمهما الله، وعند أبـي يوسف رحمه الله لا يجوز.

ولو أوجب جزوراً فله أن ينحره في الحل والحرم ويتصدق بلحمه، وهذه من مسائل الحج، ولو قال ما أملك هدي أو قال ما أملك صدقة يمسك بعض ماله ويمضي الباقي لأنه أضاف الهدي والصدقة إلى جميع ما يملكه فيتناول كل جنس من جنس أمواله ويتناول القليل والكثير إلا أنه يمسك بعضه، لأنه لو تصدق بالكل لاحتاج إلى أن يتصدق عليه فيتضرر بذلك.

وقد قال عليه الصلاة والسلام: «ابدأ بنفسك ثُمَّ بمنْ تَعول»[1] فكان له أن يمسك مقدار ما يعلم أنه يكفيه إلى أن يكتسب فإذا اكتسب مـالاً تصدق بمثله لأنه انتفع به مع كونه واجب الإخراج عن ملكه لجهة الصدقة فكان عليه عوضه كمن أنفق ماله بعد وجوب الزكاة عليه.

ولو قال: مالي صدقة فهذا على الأموال التي فيها الزكاة من الذهب والفضة وعروض التجارة والسوائم ولا يدخل فيه ما لا زكاة فيه فلا يلزم أن يتصدق بدور السكنى وثياب البدن والأثاث والعروض التي لا يقصد بها التجارة والعوامل وأرض الخراج لأنه لا زكاة فيها ولا فرق بين مقدار النصاب وما دونه لأنه مال الزكاة.

ألا ترى أنه إذا انضم إليه غيره تجب فيه الزكاة ويعتبر فيه الجنس لا القدر ولهذا قالوا إذا نذر أن يتصدق بماله وعليه دين محيط أنه يلزمه أن يتصدق به، لأنه جنس مال تجب فيه الزكاة، وإن لم تكن واجبة، فإن قضى دينه به لزمه التصدق بمثله لما ذكرنا فيما تقدم، وهذا الذي ذكرنا استحسان، والقياس أن يدخل فيه جميع الأموال كما في فصل الملك، لأن المال اسم لما يتمول كما أن الملك اسم لما يملك فيتناول جميع الأموال كالملك.

وجه الاستحسان: أن النذر يعتبر بالأمر؛ لأن الوجوب في الكل بإيجاب الله جل شأنه وإنما وجد من العبد مباشرة السبب الدال على إيجاب الله تعالى، ثم الإيجاب المضاف إلى المال من الله تعالى في الأمر وهو الزكاة في قوله تعالى: ﴿خذ من أموالهم صدقة﴾[2] وقوله عز شأنه: ﴿في أموالهم حق معلوم﴾[3] ونحو ذلك تعلق بنوع دون نوع فكذا في النذر.

---

(١) تقدم.

(٢) سورة التوبة، الآية: (١٠٣).

(٣) سورة المعارج، الآية: (٢٤).

وقد قال أبو يوسف رحمه الله: قياس قول أبي حنيفة عليه الرحمة إذا حلف لا يملك مالاً ولا نية له وليس له مال تجب فيه الزكاة يحنث، لأن إطلاق اسم المال لا يتناول ذلك.

وقال أبو يوسف: ولا أحفظ عن أبي حنيفة إذا نوى بهذا النذر جميع ما يملك داره تدخل في نذره لأن اللفظ يحتمله وفيه تشديد على نفسه، وقال أبو يوسف ويجب عليه أن يتصدق بما دون النصاب ولا أحفظه عن أبي حنيفة رحمه الله، والوجه ما ذكرنا، وإذا كانت له ثمرة عشرية أو غلة عشرية تصدق بها في قولهم لأن هذا مما يتعلق به حق الله تعالى وهو العشر.

وقال أبو حنيفة رحمه الله تعالى: لا تدخل الأرض في النذر، وقال أبو يوسف يتصدق بها لأبي يوسف أنها من جملة الأموال النامية التي يتعلق حق الله تعالى بها فتدخل في النذر، ولأبي حنيفة رضي الله عنه أن حق الله تعالى لا يتعلق بها وإنما يتعلق بالخارج منها فلا تدخل.

قال بشر عن أبي يوسف إذا جعل الرجل على نفسه أن يطعم عشرة مساكين ولم يسم فعليه ذلك، فإن أطعم خمسة لم يجزه، لأن النذر يعتبر بأصل الإيجاب، ومعلوم أن ما أوجبه ينبغي أن يكون لعدد من المساكين لا يجوز دفعه إلى بعضهم إلا على التفريق في الأيام فكذا النذر.

ولو قال: لله عليَّ أن أتصدق بهذه الدراهم على المساكين فتصدق بها على واحد أجزأه، لأنه يجوز دفع الزكاة إلى مسكين واحد، وإن كان المذكور فيها جميع المساكين لقول الله تعالى: ﴿**إنما الصدقات للفقراء والمساكين**﴾[1] كذلك النذر.

ولو قال: لله عليَّ أن أطعم هذا المسكين هذا الطعام بعينه فأعطى ذلك الطعام غيره أجزأه، لأن الصدقة المتعلقة بمال متعين لا يتعين فيها المسكين، لأنه لما عين المال صار هو المقصود فلا يعتبر تعيين الفقير، والأفضل أن يعطي الذي عينه.

ولو قال: لله عليَّ إطعام عشرة مساكين وهو لا ينوي أن يطعم عشرة مساكين إنما نوى أن يطعم واحداً ما يكفي عشرة أجزأه، لأن الطعام اسم للمقدار فكأنه أوجب مقدار ما يطعم عشرة فيجوز أن يطعم بعضهم.

ولو قال: لله عليَّ أن أتصدق بهذه الدراهم يوم يقدم فلان، ثم قال إن كلمت فلاناً فعلي أن أتصدق بهذه الدراهم فكلم فلاناً وقدم فلان أجزأه أن يتصدق بتلك الدراهم عنهما جميعاً ولا يلزمه غير ذلك، وكذلك الصيام إذا سمى يوماً بعينه، لأنه علق وجوب شيء واحد بشرطين لكل واحد منهما بحياله فإن وجد الشرطان معاً وجبت بالإيجابين جميعاً، لأن اجتماع سببين على حكم واحد جائز فإن وجدا على التعاقب وجب بالأول ولا يتعلق بالثاني حكم، نظيره إذا قال لعبده إن دخل زيد هذه الدار فأنت حر ثم قال إن دخلها عمرو فأنت حر، فإن دخلا معاً عتق العبد بالإيجابين وإن دخلا على التعاقب عتق بالأول ولا يتعلق بالثاني حكم. كذا هذا.

ولو قال: إن كلمت فلاناً فعلي أن أتصدق بهذه الدراهم فكلم فلاناً وجب عليه أن يتصدق بها لأنه

---

(١) سورة التوبة، الآية: (٦٠).

أوجب على نفسه التصدق بها فيجب عليه ذلك، فإن أعطى ذلك من كفارة يمينه أو من زكاة ماله فعليه لنذره مثل ما أعطى لأنه لما أعطى تعين للإخراج بجهة النذر ولم يتعين للإخراج بجهة الزكاة، فإذا أخرجه بحق لم يتعين فيه صار مستهلكاً له فيضمن مثله كما لو أنفقه بخلاف الفصل الأول، لأن مثال الواجب تعين لكل واحد عن النذرين فجاز عنهما.

ولو قال: إن قدم فلان فلله عليّ أن أصوم يوم الخميس، ثم صام يوم الخميس عن قضاء رمضان أو كفارة يمين أو تطوعاً فقدم فلان يومئذٍ بعد ارتفاع النهار فعليه يوم مكانه لقدوم فلان، لأنه وجب عليه صوم ذلك اليوم عن جهة النذر لوجود شرط وجوبه وهو قدوم فلان فيه، فإذا صام عن غيره فقد منع وقوعه عن النذر فصار كأنه قدم بعدما أكل فيلزمه صوم يوم آخر مكانه لقدوم فلان ولو كان أراد بهذا القول اليمين لم يحنث في يمينه لوجود شرط البر وهو صوم اليوم الذي حلف على صومه. وجهات الصوم لم تتناولها اليمين.

ولو كان قدم فلان بعد الظهر لم يكن عليه قضاؤه، لأنه لما قدم بعد الظهر لم يجب الصوم عن النذر كما لو أنشأ النذر بعد الزوال فقال لله علي أن أصوم هذا اليوم فلا يجب قضاؤه وإن قدم فلان قبل الزوال في يوم قد أكل فيه فعليه أن يقضي، لأن القدوم حصل في زمان يصح ابتداء النذر فيه وإنما امتنع الصوم لوجود المنافي له وهو الأكل فلا يمنع صحة النذر كما لو أوجب ثم أكل.

ولو قال: لله عليّ أن أصوم الشهر الذي يقدم فيه فلان فقدم في رمضان فصامه في رمضان أجزأ عن رمضان ولا يلزمه صوم آخر بالنذر، لأن شهر رمضان في حال الصحة والإقامة يتعين لصومه لا يحتمل غيره فلم يتعلق بهذا النذر حكم ولا كفارة عليه إن كان أراد به اليمين لتحقق البر وهو الصوم واليمين انعقدت على الصوم دون غيره وقد صام.

ولو قال: لله عليَّ أن أصوم اليوم الذي يقدم فيه فلان شكراً لله تطوعاً لقدومه ونوى به اليمين فصامه عن كفارة يمين ثم قدم فلان ذلك اليوم عند ارتفاع النهار فعليه قضاؤه والكفارة.

أما القضاء فلأنه نذر أن يصوم ذلك اليوم للقدوم وذلك اليوم غير معين لصوم الكفارة فإذا صام عن جهة يتعين الوقت لها لزمه القضاء.

وأما الكفارة: فلأنه لم يحلف على مطلق الصوم بل على أن يصوم عن القدوم فإذا صام عن غيره لم يوجد البر فيحنث، ولو كان في رمضان فلا قضاء عليه وعليه الكفارة.

أما عدم وجوب القضاء فلأن زمان رمضان يتعين لصوم رمضان فلا يصح إيجاب الصوم فيه لغيره.

وأما وجوب الكفارة فيه فلأنه لم يصم لما حلف عليه فلم يوجد البر، وإن صامه ينوي الشكر على قدوم فلان ولا ينوي رمضان بر في يمينه وأجزأه عن رمضان.

أما الجواز عن رمضان فلأن صوم رمضان لا يعتبر فيه تعيين النية لكون الزمان متعيناً له فوقع عنه.

وأما بره في يمينه فلأنه حلف على الصوم بجهة وقد قصد تلك الجهة إلا أنه وقع عن غيره حكماً من

غير قصد، ولو قال لله عليَّ أن أصوم هذا اليوم شهراً فإنه يصوم ذلك اليوم حتى يستكمل منه ثلاثين يوماً فإنه تعذر حمله على ظاهره إذ اليوم الواحد لا يوجد شهراً لأنه إذا مضى لا يعود ثانياً فيحمل على التزام صوم اليوم المسمى بذلك اليوم الذي هو فيه من الاثنين أو الخميس كلما تجدد إلى أن يستكمل شهراً ثلاثين يوماً حملاً للكلام على وجه الصحة.

ولو قال: لله عليّ أن أصوم هذا الشهر يوماً نظر إلى ذلك الشهر أنه رجب أو شعبان أو غيره ويصير كأنه قال لله علي أن أصوم رجب أو شعبان في وقت من الأوقات إذ الشهر لا يوجد في يوم واحد فلا يمكن حمله على ظاهره، وقد قصد تصحيح نذره فيحمل على وجه يصح وهو حمل اليوم على الوقت وقد يذكر اليوم ويراد به مطلق الوقت؛ قال الله تعالى: ﴿**وتلك الأيام نداولها بين الناس**﴾[1] وقال تعالى: ﴿**ومن يولهم يومئذٍ دبره**﴾[2] ويقال في العرف يوماً لنا ويوماً علينا على إرادة مطلق الوقت.

ولو قال: لله علي أن أصوم هذا اليوم غداً فعليه أن يصوم اليوم الذي قال فيه هذا القول إن قال ذلك قبل الزوال وقبل أن يتناول ما ينقض صومه ويبطل قوله غداً لأنه ركب اسماً على اسم لا بحرف النسق فبطل التركيب لأنه يكون إيجاب صوم هذا اليوم غداً وهذا اليوم لا يوجد في غد فلا يكون الغد ظرفاً له بطل قوله غداً وبقي قوله لله عليّ أن أصوم هذا اليوم فينظر في ذلك اليوم، فإن كان قابلاً للإيجاب صح وإلا بطل بخلاف الفصل الأول، لأن اليوم قد يعتد به عن مطلق الوقت.

وأما الغد فلا يصلح عبارة عن مطلق الوقت ولا يعبر به إلا عن عين الغد. ولو قال لله عليّ أن أصوم غداً اليوم فعليه أن يصوم غداً؛ وقوله اليوم حشو من كلامه لأنه أوجب على نفسه صوم الغد وذلك صحيح ولم يصح قوله اليوم لأنه ركبه على الغد لا بحرف النسق فبطل لأن صوم غد لا يتصور وجوده في اليوم فلغى قوله اليوم وبقي قوله لله عليّ أن أصوم غداً.

ولو قال: لله عليّ صوم أمس غداً لم يلزمه شيء لأن أمس لا يمكن أن يصام فيه لأنه لا يعود ثانياً فبطل الالتزام فيه فلا يلزمه بقوله غداً لأنه لم يوجب صوم غد وإنما جعل الغد ظرفاً للأمس وأنه لا يصح ظرفاً له فلغت تسمية الغد أيضاً، والأصل في هذا النوع أن اللفظ الثاني يبطل في الأحوال كلها لما ذكرنا وإذا بطل هذا ينظر إلى اللفظ الأول؛ فإن صلح صح النذر به وإلا بطل.

ولو قال: لله عليّ صوم كذا كذا يوماً ولا نية له فعليه صوم أحد عشر يوماً لأنه جمع بين عددين مفردين مجملين لا بحرف النسق فانصرف إلى أقل عددين مفردين يجمع بينهما لا بحرف النسق وذلك أحد عشر، لأن الأقل متيقن به والزيادة مشكوك فيها، وإن نوى شيئاً فهو على ما نوى يوماً كان أو أكثر لأن حمل هذا اللفظ على التكرار جائز في اللغة يقال صوم يوم يوم ويراد به تكرار يوم وإذا جاز هذا فقد نوى ما يحتمله كلامه فعلمت نيته.

ولو قال: لله عليّ صوم كذا وكذا يوماً فعليه صوم أحد وعشرين يوماً إن لم يكن له نية، لأنه جمع بين

(١) سورة آل عمران، الآية: (١٤٠).
(٢) سورة الأنفال، الآية: (١٦).

عددين مفردين على الإكمال بحرف النسق فحمل على أقل ذلك، وأقله أحد وعشرون يوماً، وإن كانت له نية فهو على ما نوى واحداً أو أكثر لأن هذا مما يحتمل التكرار، يقال صوم يوم يوم، ويراد به تكرار يوم واحد.

ولو قال: لله عليّ صوم بضعة عشر يوماً ولا نية له كان عليه صوم ثلاثة عشر يوماً، لأن البضع عند العرب عبارة عن ثلاثة فما فوقها إلى تمام العقد وهو عشرة وعشرون وثلاثون وأربعون ونحو ذلك؛ فإذا لم يكن له نية صرف إلى أقله وذلك ثلاثة عشر إذ الأقل متيقن.

ولو قال: لله عليّ صوم سنين فهو على ثلاث سنين، لأن الثلاث مستحقة هذا الاسم بيقين، ولو قال السنين فهو على عشر سنين في قول أبي حنيفة رضي الله عنه، وعندهما على الأبد.

ولو قال: عليّ صوم الشهور فهو على عشرة أشهر عند أبي حنيفة رحمه الله إذا لم يكن له نية وعندهما على اثني عشر شهراً. ولو قال صوم شهر فهو على ثلاثة أشهر بلا خلاف، وكذا هذا في الأيام وأياماً منكراً ومعرفاً، وعندهما المعرف يقع على الأيام السبعة. وقد ذكرناه في كتاب الإيمان.

ولو قال: لله عليّ صوم جمع هذا الشهر فعليه صوم كل يوم جمعة في ذلك الشهر إذا لم يكن له نية، لأن هذا اللفظ يراد به في ظاهر العادة عين يوم الجمعة. ولو قال لله عليّ صوم أيام الجمعة فعليه صوم سبعة أيام، لأن أيام الجمعة سبعة في تعارف الناس.

ولو قال: لله عليّ صوم جمعة فإن كانت له نية فهو على ما نوى، إن نوى عين يوم الجمعة أو نوى أيامها؛ لأن ظاهر لفظه يحتمل كلاهما، وإن لم يكن له نية فهو على أيامها لأنه يراد به في أغلب العادات أيامها والله عز شأنه أعلم.

ولو نذر بقربة مقصودة من صلاة أو صوم فقال رجل آخر عليَّ مثل ذلك يلزمه. وكذا إذا قال علي المشي إلى بيت الله عز شأنه، وكل مملوك لي حر، وكل امرأة لي طالق إذا دخلت الدار، فقال رجل آخر عليَّ مثل ذلك إن دخلت الدار ثم دخل الثاني الدار فإنه يلزمه المشي ولا يلزمه العتاق والطلاق.

ثم قال: ألا ترى أنه لو قال علي طلاق امرأتي فإن الطلاق لا يقع عليها، وهذا يدل على أن من قال الطلاق علي واجب أنه لا يقع طلاقه. قال القدوري رحمه الله وكان أصحابنا بالعراق يقولون فيمن قال الطلاق لي لازم يقع الطلاق لعرف الناس أنهم يريدون به الطلاق، وكان محمد بن سلمة يقول: إن الطلاق يقع بكل حال.

وحكى الفقيه أبو جعفر الهندواني عن علي بن أحمد بن نصير بن يحيى عن محمد بن مقاتل رحمهم الله أنه قال: المسألة على الخلاف.

قال أبو حنيفة عليه الرحمة: إذا قال: الطلاق لي لازم أو عليّ واجب لم يقع وقال محمد يقع في قوله لازم ولا يقع في قوله واجب.

وحكى ابن سماعة في «نوادره» عن أبي يوسف في رجل قال ألزمت نفسي طلاق امرأتي هذه أو ألزمت نفسي عتق عبدي هذا، قال إن نوى به الطلاق والعتاق فهو واقع وإلا لم يلزمه. وكذلك لو قال ألزمت نفسي

طلاق امرأتي هذه إن دخلت الدار أو عتق عبدي هذا فدخل الدار وقع الطلاق والعتاق إن نوى ذلك وإن لم ينو فليس بشيء، جعله بمنزلة كنايات الطلاق.

وجه قول محمد عليه الرحمة: إن الوقوع للعادة والعادة في اللزوم لأنهم يذكرونه على إرادة الإيقاع ولا عادة في الإيجاب فلا يقع شيء، ولأبي يوسف رحمه الله أن الظاهر الإلزام والإيجاب للنذر، ويحتمل أن يراد به التزام حكم الطلاق الواقع فيقف على النية كسائر كنايات الطلاق، ولأبي حنيفة رحمه الله أن الطلاق لا يحتمل الإيجاب والإلزام لأنه ليس بقربة فبطل.

وروى ابن سماعة عن أبي يوسف: إذا قال رجل امرأة زيد طالق ثلاثاً ورقيقه أحرار وعليه المشي إلى بيت الله جل شأنه إن دخل هذه الدار فقال زيد: نعم كان كأنه قد حلف بذلك كله، لأن نعم جواب لا يستقل بنفسه فيتضمن إضمار ما خرج جواباً له كما في قوله عز شأنه: ﴿**فهل وجدتم ما وعد ربكم حقاً قالوا: نعم**[1]﴾ تقديره نعم وجدنا ما وعدنا ربنا حقاً، وكالشهود إذا قرأوا على المشهود عليه كتاب الوثيقة فقالوا: نشهد عليك بما فيه، فقال: نعم إن لهم أن يشهدوا لأن تقديره نعم اشهدوا عليّ بما في الكتاب، ولو لم يكن قال: نعم ولكنه قال أجزت ذلك فهذا لم يخلف على شيء، لأن قوله أجزت ليس بإيجاب والتزام فلا يلزمه شيء.

فإن قال: قد أجزت ذلك على إن دخلت الدار أو قال قد ألزمت نفسي ذلك إن دخلت الدار كان لازماً له لأنه التزم ما قاله فلزمه، ولو أن رجلاً قال امرأة زيد طالق، فقال زيد قد أجزت لزمه الطلاق.

وكذلك لو قال: قد رضيت ما قال أو ألزمته نفسي، لأن هذا ليس بيمين بل هو إيقاع فيقف على الإجازة، فأما اليمين فيحتاج إلى الالتزام ليجوز على الحالف وينفذ عليه فلا بد من لفظ الالتزام.

ولو أن رجلاً قال: إن بعت هذا المملوك من زيد فهو حر فقال زيد قد أجزت ذلك أو رضيت ذلك ثم اشتراه لم يعتق، لأن الحالف أعتق عبده بشرط فوجد الشرط في غير ملكه فلم يحنث ولا يتعلق بالإجازة حكم، لأن البائع لم يوقت اليمين وإنما حلف في ملك نفسه.

ولو كان البائع قال: إن اشترى زيد هذا العبد فهو حر فقال نعم ثم اشتراه عتق عليه، لأن البائع لم يعقد اليمين في ملك نفسه وإنما أضافها إلى ملك المشتري فصار عاقد اليمين موقوفة وقد أجازها من وقفت عليه فتعلق الحكم بها.

وقال ابن سماعة عن أبي يوسف: لو أن رجلاً طلق امرأته فقال آخر علي مثل ذلك، فإن هذا لا يلزم الثاني، وكذلك لو قال علي مثل هذا الطلاق؛ لأن قوله علي مثل ذلك إيجاب الطلاق على نفسه والطلاق لا يحتمل الإيجاب.

ولو حلف رجل بطلاق امرأته لا يدخل هذه الدار فقال آخر علي مثل ذلك إن دخلتها فإن دخلها الثاني لم يلزمه طلاق امرأته لأنه أوجب على نفسه الطلاق إن دخل الدار والطلاق لا يحتمل الإيجاب والإلزام لأنه ليس بقربة فإن أراد بهذا الإيجاب اليمين فليست بطلاق حتى تطلق، فإن لم يفعل حتى مات أحدهما حنث،

---
(١) سورة الأعراف، الآية: (٤٤).

لأن النذر إذا أريد به اليمين صار كأنه قال لا طلقتها، ولو قال ذلك لا يحنث حتى يموت أحدهما كذا هذا.

ولو قال: عبدي هذا حر إن دخلت هذه الدار، فقال آخر علي مثل ذلك إن دخلت هذه الدار فدخل الثاني لم يعتق عبده، لأنه أوجب على نفسه بدخول الدار عتقاً غير معين فكان له أن يخرج منه بشراء عبد يعتقه فلا يتعلق العتق بعبيده الموجودين لا محالة وإذا لم يتعلق بهم لا يلزمه عتق في ذمته لأنه لو لزمه لم يكن ذلك مثل ما فعله الحالف.

ولو أن رجلاً قال: لله علي نسمة إن دخلت هذه الدار فقال آخر علي مثل ذلك إن دخلت فهذا لازم للأول ولازم للثاني أيهما دخل لزمه نسمة، لأن الأول أوجب عتقاً في ذمته وذلك مما يجب بالنذر وإذا أوجب آخر مثله وجب عليه، بخلاف الفصل الأول؛ لأن ثمة ما أوجب العتق بل علق فلا يكون على الثاني إيجاب لأنه ليس بمثل.

ولو قال: كل مالي هدي، وقال آخر وعلي مثل ذلك فعليه أن يهدي جميع ماله سواء كان أقل من مال الأول أو أكثر إلا أن يعني مثل قدره فيلزمه مثل ذلك إن كان مال الثاني أكثر، وإن كان مال الثاني أقل يلزمه في ذمته تمام مال الأول، لأن مطلق الإيجاب يضاف إلى هدي جميع ماله كما أوجب الأول فإذا أراد القدر فقد نوى ما يحتمله الكلام فيحمل عليه.

فإن قال رجل كل مال أملك إلى سنة فهو هدي فقال آخر علي مثل ذلك لم يلزمه شيء، لأن الثاني لم يضف الهدي إلى الملك فلا تثبت الإضافة بالإضمار والله عز شأنه أعلم.

ومنها أن يكون المنذور به إذا كان مالاً مملوك الناذر وقت النذر أو كان النذر مضافاً إلى الملك أو إلى سبب الملك، حتى لو نذر بهدي ما لا يملكه أو بصدقة ما لا يملكه للحال لا يصح لقوله عليه الصلاة والسلام: «لا نذر فيما لا يملكه ابن آدم»[1] إلا إذا أضاف إلى الملك أو إلى سبب الملك بأن قال كل مال أملكه فيما استقبل فهو هدي، أو قال فهو صدقة، أو قال كلما اشتريته أو أرثه فيصح عند أصحابنا خلافاً للشافعي[2] رحمه الله.

والصحيح قولنا لقوله عز وجل: **﴿ومنهم من عاهد الله لئن آتانا من فضله لنصدقن ولنكونن من الصالحين﴾** إلى قوله تعالى: **﴿فأعقبهم نفاقاً في قلوبهم إلى يوم يلقونه بما أخلفوا الله ما وعدوه وبما كانوا يكذبون﴾**[3] دلت الآية الشريفة على صحة النذر المضاف، لأن الناذر بنذره عاهد الله تعالى الوفاء بنذره وقد لزمه الوفاء بما عهد، والمؤاخذة على ترك الوفاء به ولا يكون ذلك إلا في النذر الصحيح.

ومنها أن لا يكون مفروضاً ولا واجباً فلا يصح النذر بشيء من الفرائض سواء كان فرض عين كالصلوات الخمس وصوم رمضان أو فرض كفاية كالجهاد وصلاة الجنازة ولا بشيء من الواجبات سواء كان عيناً كالوتر وصدقة الفطر والعمرة والأضحية، أو على سبيل الكفاية كتجهيز الموتى وغسلهم ورد السلام

---

(١) تقدم.
(٢) انظر «الأم» (٢/٢٥٦).
(٣) سورة التوبة، الآية: (٧٥).

ونحو ذلك لأن إيجاب الواجب لا يتصور وأما الذي يرجع إلى نفس الركن فخلوه عن الاستثناء فإن دخله أبطله.

فصل: وأما حكم النذر فالكلام فيه في مواضع.

الأول: في بيان أصل الحكم.

والثاني: في بيان وقت ثبوته.

والثالث: في بيان كيفية ثبوته.

أما أصل الحكم فالناذر لا يخلو من أن يكون نذر وسمى؛ أو نذر ولم يسم فإن نذر وسمى فحكمه وجوب الوفاء بما سمى بالكتاب العزيز والسنة والإجماع والمعقول.

أما الكتاب الكريم فقوله عز شأنه: ﴿**وليوفوا نذورهم**﴾[١] وقوله تعالى: ﴿**وأوفوا بالعهد إن العهد كان مسؤولاً**﴾[٢] وقوله سبحانه: ﴿**وأوفوا بعهد الله إذا عاهدتم**﴾[٣] والنذر نوع عهد من الناذر مع الله جل وعلا فيلزمه الوفاء بما عهد وقوله جلت عظمته: ﴿**وأوفوا بالعقود**﴾[٤] أي العهود، وقوله عز شأنه: ﴿**ومنهم من عاهد الله لئن آتانا من فضله لنصدقن**﴾ إلى قوله تعالى: ﴿**بما أخلفوا الله ما وعدوه**﴾[٥] ألزم الوفاء بعهده حيث أوعد على ترك الوفاء.

وأما السنة: فقول النبي ﷺ: «**من نذر أن يطيع الله تعالى فليطعه**»[٦] وقوله ﷺ: «**من نذر وسمى فعليه الوفاء بما سمّى**»[٧] وعلى كلمة إيجاب، وقوله ﷺ: «**المسلمون عند شروطهم**»[٨] والناذر شرط الوفاء بما نذر فيلزمه مراعاة شرطه وعليه إجماع الأمة.

وأما المعقول: فهو أن المسلم يحتاج إلى أن يتقرب إلى الله سبحانه وتعالى بنوع من القرب المقصودة التي له رخصة تركها لما يتعلق به من المعاقبة الحميدة وهي نيل الدرجات العلى والسعادة العظمى في دار الكرامة وطبعه لا يطاوعه على تحصيله بل يمنعه عنه لما فيه من المضرة الحاضرة وهي المشقة ولا ضرورة في الترك فيحتاج إلى اكتساب سبب يخرجه عن رخصة الترك ويلحقه بالفرائض الموظفة وذلك يحصل بالنذر، لأن الوجوب يحمله على التحصيل خوفاً من مضرة الترك فيحصل مقصوده فثبت أن حكم النذر الذي فيه تسمية هو وجوب الوفاء بما سمى.

وسواء كان النذر مطلقاً أو مقيداً أو معلقاً بشرط بأن قال: إن فعلت كذا فعلي لله حج أو عمرة أو صوم

---

(١) سورة الحج، الآية: (٢٩).
(٢) سورة النحل، الآية: (٩١).
(٣) سورة المائدة، الآية: (١).
(٤) سورة التوبة، الآية: (٧٥).
(٥) سورة التوبة، الآية: (٧٧).
(٦) تقدم.
(٧) تقدم.
(٨) تقدم.

أو صلاة أو ما أشبه ذلك من الطاعات حتى لو فعل ذلك يلزمه الذي جعله على نفسه ولم يجز عنه كفارة، وهذا قول أصحابنا رضي الله عنهم.

وقال الشافعي[١] رحمه الله: إن علقه بشرط يريد كونه لا يخرج عنه بالكفارة كما إذا قال: إن شفى الله مريضي أو إن قدم غائبي فعلي كذا؛ وإن علقه بشرط لا يريد كونه بأن قال إن كلمت فلاناً أو قال إن دخلت الدار فلله علي كذا يخرج عنه بالكفارة وهو بالخيار إن شاء وفى بالنذر وإن شاء كفر، وأصحاب الشافعي رحمه الله يسمون هذا يمين الغضب.

وروى عامر عن علي بن معبد عن محمد رحمهم الله أنه رجع عن ذلك وقال: يجزي فيه كفارة اليمين، وروى عبد الله بن المبارك وغيره عن أبي حنيفة رحمه الله أنه يجزيه كفارة اليمين.

وروي أن أبا حنيفة عليه الرحمة: رجع عن الكفارة في آخر عمره فإنه روي عن عبد العزيز بن خالد أنه قال: قرأت على أبي حنيفة رحمه الله كتاب الأيمان فلما انتهيت إلى هذه المسألة قال: قف فإن من رأيي أن أرجع إلى الكفارة، قال فخرجت حاجاً، فلما رجعت وجدت أبا حنيفة عليه الرحمة قد مات، فأخبرني الوليد بن أبان أن أبا حنيفة رجع عن الكفارة.

والمسألة مختلفة بين الصحابة رضي الله عنهم، روي عن علي وعبد الله بن عباس رضي الله عنهم أن عليه الوفاء بما سمى، وعن سيدنا عمر وعبد الله بن سيدنا عمر وسيدتنا عائشة وسيدتنا حفصة رضي الله عنهم أن عليه الكفارة.

احتج من قال: بوجوب الكفارة بقوله جلت عظمته ﴿**ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الأيمان**﴾ وقوله جل شأنه ﴿**ذلك كفارة أيمانكم**﴾ وهذا يمين، لأن اليمين بغير الله تعالى جل شأنه شرط وجزاء وهذا كذلك.

وروي عن رسول الله ﷺ أنه قال: «**النذر يمين وكفارته كفارة اليمين**»[٢] وهذا نص، ولأن هذا في معنى اليمين بالله تعالى لأن المقصد من اليمين بالله الامتناع من المحلوف عليه أو تحصيله خوفاً من لزوم الحنث، وهذا موجود ههنا لأنه إن قال إن فعلت كذا فعلي حجة فقد قصد الامتناع من تحصيل الشرط، وإن قال إن لم أفعل كذا فعلي حجة فقد قصد تحصيل الشرط، وكل ذلك خوفاً من الحنث فكان في معنى اليمين بالله تعالى فتلزمه الكفارة عند الحنث.

ولنا: قوله جل شأنه: ﴿**ومنهم من عاهد الله لئن آتانا من فضله**﴾[٣] الآية وغيرها من نصوص الكتاب العزيز والسنة المقتضية لوجوب الوفاء بالنذر عاماً مطلقاً من غير فصل بين المطلق والمعلق بالشرط، والوفاء بالنذر هو فعل ما تناوله النذر لا الكفارة، لأن الأصل اعتبار التصرف على الوجه الذي أوقعه المتصرف

---

(١) انظر «الأم» (٢/ ٢٥٥).

(٢) أخرجه أحمد في «المسند» (٦/ ٢٤٧)، وأبو داود في «السنن» كتاب الأيمان والنذور باب من رأى عليه كفارة (٣٢٩٢). والترمذي في «السنن» كتاب النذور والأيمان باب ما جاء عن رسول الله ﷺ: «أن لا نذر في معصية» (١٥٢٥)، والنسائي في «السنن» كتاب الأيمان باب كفارة النذر (٧/ ٢٦).

(٣) سورة التوبة، الآية: (٧٥).

تنجيزاً كان أو تعليقاً بشرط، والمتصرف أوقعه نذراً عليه عند وجود الشرط وهو إيجاب الطاعة المذكورة لا إيجاب الكفارة.

واحتج أبو يوسف رحمه الله في ذلك وقال: القول بوجوب الكفارة يؤدي إلى وجوب القليل بإيجاب الكثير ووجوب الكثير بإيجاب القليل، لأنه لو قال إن فعلت كذا فعلي صوم سنة أو إطعام ألف مسكين لزمه صوم ثلاثة أيام أو إطعام عشرة مساكين.

ولو قال: إن فعلت كذا فعلي صوم يوم أو إطعام مسكين لزمه إطعام عشرة مساكين أو صوم ثلاثة، ولا حجة لهم بالآية الكريمة، لأن المراد بها اليمين بالله عز شأنه، لأن الله تعالى أثبت باليمين المعقودة ما نفاه بيمين اللغو بقوله تعالى جلت كبرياؤه **﴿لا يؤاخذكم الله باللغو في أيمانكم ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الأيمان﴾**[1] والمراد من النفي اليمين بالله تعالى كذا في الإثبات، والحديث محمول على النذر المبهم توفيقاً بين الدلائل صيانة لها عن التناقض.

وأما قولهم: إن هذا في معنى اليمين بالله تعالى، ممنوع بأن النذر المعلق بالشرط صريح في الإيجاب عند وجود الشرط واليمين بالله تعالى ليس بصحيح في الإيجاب وكذا الكفارة في اليمين بالله تعالى تجب جبراً لهتك حرمة اسم الله عز اسمه الحاصل بالحنث، وليس في الحنث ههنا هتك حرمة اسم الله تعالى، وإنما فيه إيجاب الطاعة فلم يكن في معنى اليمين بالله تعالى.

ثم الوفاء بالمنذور به نفسه حقيقة إنما يجب عند الإمكان، فأما عند التعذر فإنما يجب الوفاء به تقديراً بخلفه، لأن الخلف يقوم مقام الأصل، كأنه هو كالتراب حال عدم الماء، والأشهر حال عدم الأقراء، حتى لو نذر الشيخ الفاني بالصوم يصح نذره وتلزمه الفدية لأنه عاجز عن الوفاء بالصوم حقيقة فيلزمه الوفاء به تقديراً بخلفه ويصير كأنه صام.

وعلى هذا يخرج أيضاً النذر بذبح الولد أنه يصح عند أبي حنيفة عليه الرحمة ومحمد رحمه الله ويجب ذبح الشاة لأنه إن عجز عن تحقيق القربة بذبح الولد حقيقة لم يعجز عن تحقيقها بذبحه تقديراً بذبح خلفه وهو الشاة كما في الشيخ الفاني إذا نذر بالصوم.

وأما وجوب الكفارة عند فوات المنذور به إذا كان متعيناً بأن نذر صوم شهر بعينه ثم أفطر فهل هو من حكم النذر، فجملة الكلام فيه أن الناذر لا يخلو إما إن قال ذلك ونوى النذر ولم يخطر بباله اليمين أو نوى النذر ونوى أن لا يكون يميناً أو لم يخطر بباله شيء لا النذر ولا اليمين أو نوى اليمين ولم يخطر بباله النذر أو نوى اليمين ونوى أن لا يكون نذراً أو نوى النذر واليمين جميعاً فإن لم يخطر بباله شيء لا النذر ولا اليمين أو نوى النذر ولم يخطر بباله اليمين أو نوى النذر ونوى أن لا يكون يميناً. يكون نذراً بالإجماع.

وإن نوى اليمين ونوى أن لا يكون نذراً يكون يميناً ولا يكون نذراً بالاتفاق، وإن نوى اليمين ولم

(١) سورة المائدة، الآية: (٨٩).

يخطر بباله النذر أو نوى النذر واليمين جميعاً كان نذراً ويميناً في قول أبي حنيفة ومحمد، وعند أبي يوسف يكون يميناً ولا يكون نذراً.

والأصل عند أبي يوسف: لا يتصور أن يكون الكلام الواحد نذراً ويميناً بل إذا بقي نذراً لا يكون يميناً وإذا صار يميناً لم يبق نذراً، وعند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله يجوز أن يكون الكلام الواحد نذراً ويميناً.

وجه قول أبي يوسف: أن الصيغة للنذر حقيقة وتحتمل اليمين مجازاً لمناسبة بينهما يكون كل واحد منهما سبباً لوجوب الكف عن فعل أو الإقدام عليه، فإذا بقيت الحقيقة معتبرة لم يثبت المجاز، وإذا انقلب مجازاً لم تبق الحقيقة، لأن الكلام الواحد لا يشتمل على الحقيقة والمجاز لما بينهما من التنافي إذ الحقيقة من الأسامي ما تقرر في المحل الذي وضع له، والمجاز ما جاوز محل وضعه وانتقل عنه إلى غيره لضرب مناسبة بينهما ولا يتصور أن يكون الشيء الواحد في زمان واحد متقرراً في محله ومنتقلاً عنه إلى غيره.

ولهما: أن النذر فيه معنى اليمين، لأن النذر وضع لإيجاب الفعل مقصوداً تعظيماً لله تعالى، وفي اليمين وجوب الفعل المحلوف عليه إلا أن اليمين ما وضعت لذلك بل لتحقيق الوعد والوعيد ووجوب الفعل لضرورة تحقق الوعد والوعيد لا أنه يثبت مقصوداً باليمين لأنها ما وضعت لذلك، وإذا كان وجوب الفعل فيها لغيره لم يكن الفعل واجباً في نفسه، ولهذا تنعقد اليمين في الأفعال كلها واجبة كانت أو محظورة أو مباحة ولا ينعقد النذر إلا فيما لله تعالى من جنسه إيجاب، ولهذا لم يصح اقتداء الناذر بالناذر لتغاير الواجبين، لأن صلاة كل واحد منهما وجبت بنذره فتتغاير الواجبات ولم يصح الاقتداء، ويصح اقتداء الحالف بالحالف، لأن المحلوف عليه إذا لم يكن واجباً في نفسه كان في نفسه نفلاً كأن اقتدى المتنفل بالمتنفل فصح.

وإذا ثبت أن المنذور واجب في نفسه والمحلوف واجب لغيره فلا شك إن ما كان واجباً في حق نفسه كان في حق غيره واجباً فكان معنى اليمين وهو الوجوب لغيره موجوداً في النذر فكان كل نذر فيه معنى اليمين إلا أنه لا يعتبر لوقوع النسبة بوجوبه في حق نفسه عن وجوبه في حق غيره، فإذا نواه فقد اعتبره فصار نذراً ويميناً، وبه تبين أن ليس هذا من باب الجمع بين الحقيقة والمجاز في لفظ واحد، لأن المجاز ما جاوز محل الحقيقة إلى غيره لنوع مناسبة بينهما، وهذا ليس من هذا القبيل بل هو من جعل ما ليس بمعتبر في محل الحقيقة مع وجوده وتقرره معتبراً بالنسبة فلم يكن من باب المجاز.

والدليل على أنه يجوز اشتمال لفظ واحد على معنيين مختلفين كالكتابة والإعتاق على مال أن كل واحد منهما يشتمل على معنى اليمين ومعنى المعاوضة على ما ذكرنا في كتاب «العتاق والمكاتب».

وأما النذر الذي لا تسمية فيه فحكمه وجوب ما نوى إن كان الناذر نوى شيئاً سواء كان مطلقاً عن شرط أو معلقاً بشرط بأن قال لله عليّ نذر أو قال إن فعلت كذا فلله علي نذر فإن نوى صوماً أو صلاة أو حجاً أو عمرة لزمه الوفاء به في المطلق للحال، وفي المعلق بالشرط عند وجود الشرط ولا تجزيه الكفارة في قول

أصحابنا على ما بينا، وإن لم تكن له نية فعليه كفارة اليمين غير أنه إن كان مطلقاً يحنث للحال، وإن كان معلقاً بشرط يحنث عند الشرط لقوله عليه السلام «**النذر يمين وكفارته كفارة اليمين**»[١] والمراد منه النذر المبهم الذي لا نية للناذر فيه، وسواء كان الشرط الذي علق به هذا النذر مباحاً أو معصية بأن قال إن صمت أو صليت فلله علي نذر ويجب عليه أن يحنث نفسه ويكفر عن يمينه لقوله عليه الصلاة والسلام: «**من حلف على يمين فرأى غيرها خيراً منها فليأت الذي هو خير وليكفر عن يمينه**»[٢].

ولو نوى في النذر المبهم صياماً ولم ينو عدداً فعليه صيام ثلاثة أيام في المطلق للحال وفي المعلق إذا وجد الشرط، وإن نوى طعاماً ولم ينو عدداً فعليه طعام عشرة مساكين لكل مسكين نصف صاع من حنطة لأنه لو لم يكن له نية لكان عليه كفارة اليمين لما ذكرنا أن النذر المبهم يمين وأنّ كفارته كفارة يمين فلما نوى به الصيام انصرف إلى صيام الكفارة وهو صيام ثلاثة أيام وانصرف الإطعام إلى طعام الكفارة وهو إطعام عشرة مساكين.

ولو قال: لله عليّ صدقة فعليه نصف صاع، ولو قال لله علي صوم فعليه صوم يوم، ولو قال لله علي صلاة فعليه ركعتان، لأن ذلك أدنى ما ورد الأمر به والنذر يعتبر بالأمر، فإذا لم ينو شيئاً ينصرف إلى أدنى ما ورد به الأمر في الشرع.

وأما وقت ثبوت هذا الحكم فالنذر لا يخلو إما أن يكون مطلقاً، وإما أن يكون معلقاً بشرط أو مقيداً بمكان أو مضافاً إلى وقت والمنذور لا يخلو إما أن كان قربة بدنية كالصوم والصلاة، وإما أن كان مالية كالصدقة، فإن كان النذر مطلقاً عن الشرط والمكان والزمان فوقت ثبوت حكمه وهو وجوب المنذور به هو وقت وجود النذر فيجب عليه في الحال مطلقاً عن الشرط والمكان والزمان لأن سبب الوجوب وجد مطلقاً فيثبت الوجوب مطلقاً.

وإن كان معلقاً بشرط نحو أن يقول: إن شفى الله مريضي أو إن قدم فلان الغائب فلله عليّ أن أصوم شهراً أو أصلي ركعتين أو أتصدق بدرهم ونحو ذلك فوقته وقت الشرط فما لم يوجد الشرط لا يجب بالإجماع، ولو فعل ذلك قبل وجود الشرط يكون نفلاً، لأن المعلق بالشرط عدم قبل وجود الشرط وهذا لأن تعليق النذر بالشرط هو إثبات النذر بعد وجود الشرط كتعليق الحرية بالشرط إثبات الحرية بعد وجود الشرط فلا يجب قبل وجود الشرط لانعدام السبب قبله وهو النذر فلا يجوز تقديمه على الشرط لأنه يكون أداء قبل الوجوب وقبل وجود سبب الوجوب فلا يجوز كما لا يجوز التكفير قبل الحنث لأنه شرط أن يؤديه بعد وجود الشرط فيلزمه مراعاة شرطه لقوله عليه الصلاة السلام: «**المسلمون عند شروطهم**»[٣] وإن كان مقيداً بمكان بأن قال لله علي أن أصلي ركعتين في موضع كذا أو أتصدق على فقراء بلد كذا يجوز أداؤه في غير ذلك المكان عند أصحابنا الثلاثة رحمهم الله، وعند زفر رحمه الله لا يجوز إلا في المكان المشروط.

(١) تقدم.
(٢) تقدم.
(٣) تقدم.

وجه قوله: أنه أوجب على نفسه الأداء في مكان مخصوص فإذا أدى في غيره لم يكن مؤدياً ما عليه فلا يخرج عن عهدة الواجب، ولأن إيجاب العبد يعتبر بإيجاب الله تعالى مقيداً بمكان لا يجوز أداؤه في غيره كالنحر في الحرم والوقوف بعرفة والطواف بالبيت والسعي بين الصفا والمروة. كذا ما أوجبه العبد.

ولنا: أن المقصود والمبتغى من النذر هو التقرب إلى الله عز وجل فلا يدخل تحت نذره إلا ما هو قربة وليس في عين المكان وإنما هو محل أداء القربة فيه فلم يكن بنفسه قربة فلا يدخل المكان تحت نذره فلا يتقيد به فكان ذكره والسكوت عنه بمنزلة. وإن كان مضافاً إلى وقت بأن قال لله علي أن أصوم رجب أو أصلي ركعتين يوم كذا، أو أتصدق بدرهم في يوم كذا فوقت الوجوب في الصدقة هو وقت وجود النذر في قولهم جميعاً حتى يجوز تقديمها على الوقت بلا خلاف بين أصحابنا.

واختلف في الصوم والصلاة، قال أبو يوسف وقت الوجوب فيهما وقت وجود النذر، وعند محمد عليه الرحمة وقت مجيء الوقت حتى يجوز تقديمه على الوقت في قول أبي يوسف ولا يجوز في قول محمد رحمه الله.

وجه قول محمد: أن النذر إيجاب ما شرع في الوقت نفلاً، ألا ترى أن النذر بما ليس بمشروع نفلاً وفي وقت لا يتصور كصوم الليل وغيره لا يصح والناذر أوجب على نفسه الصوم في وقت مخصوص فلا يجب عليه قبل مجيئه بخلاف الصدقة لأنها عبادة مالية لا تعلق لها بالوقت بل بالمال فكان ذكر الوقت فيه لغواً بخلاف العبادة البدنية.

وجه قول أبي يوسف: أن الوجوب ثابت قبل الوقت المضاف إليه النذر فكان الأداء قبل الوقت المذكور أداء بعد الوجوب فيجوز.

والدليل على تحقق الوجوب قبل الوقت المعين وجهان:

أحدهما: أن العبادات واجبة على الدوام بشرط الإمكان وانتفاء الحرج بالنصوص والمعقول.

أما النصوص: فقوله عز شأنه: ﴿**يا أيها الناس اعبدوا ربكم وافعلوا الخير**﴾ وقوله تعالى: ﴿**اعبدوا الله ولا تشركوا به شيئاً**﴾ ونحو ذلك.

وأما المعقول فهو العبادة ليست إلا خدمة المولى، وخدمة المولى على العبد مستحقة والتبرع من العبد على المولى محال والعبودية دائمة فكان وجوب العبادة عليه دائماً، ولأن العبادات وجبت شكراً للنعمة والنعمة دائمة فيجب أن يكون شكرها دائماً حسب دوام النعمة إلا أن الشرع رخص للعبد تركها في بعض الأوقات، فإذا نذر فقد اختار العزيمة وترك الرخصة فيعود حكم العزيمة كالمسافر إذا اختار صوم رمضان فصام سقط عنه الفرض، لأن الواجب عليه هو الصوم إلا أنه رخص له تركه لعذر السفر، فإذا صام فقد اختار العزيمة وترك الرخصة فعاد حكم العزيمة لهذا المعنى كان الشروع في نفل العبادة اللزوم في الحقيقة بما ذكرنا من الدلائل بالشروع إلا أنه لما شرع فقد اختار العزيمة وترك الرخص فعاد حكم العزيمة كذا في النذر.

والثاني: أنه وجه سبب الوجوب للحال وهو النذر وإنما الأجل ترفيه يترفه به في التأخير، فإذا عجل

فقد أحسن في إسقاط الأجل فيجوز كما في الإقامة في حق المسافر لصوم رمضان وهذا لأن الصيغة صيغة إيجاب أعني قوله لله عليّ أن أصوم، والأصل في كل لفظ موجود في زمان اعتباره فيه فيما يقتضيه في وضع اللغة، ولا يجوز إبطاله ولا تغييره إلى غير ما وضع له إلا بدليل قاطع أو ضرورة داعية.

ومعلوم أنه لا ضرورة إلى إبطال هذه الصيغة ولا إلى تغييرها ولا دليل سوى ذكر الوقت وأنه محتمل قد يذكر للوجوب فيه كما في باب الصلاة، وقد يذكر لصحة الأداء كما في الحج والأضحية وقد يذكر للترفيه والتوسعة كما في وقت الإقامة للمسافر والحول في باب الزكاة فكان ذكر الوقت في نفسه محتملاً فلا يجوز إبطال صيغة الإيجاب الموجودة للحال مع الاحتمال فبقيت الصيغة موجبة وذكر الوقت للترفيه والتوسعة كيلا يؤدي إلى إبطال الثابت بيقين إلى أمر محتمل، وبه تبين أن هذا ليس بإيجاب صوم رجب عيناً بل هو إيجاب صوم مقدر بالشهر أي شهر كان فكان ذكر رجب لتقرير الواجب لا للتعيين فأي شهر اتصل الأداء به تعين ذلك الشهر للوجوب فيه، وإن لم يتصل به الأداء إلى رجب تعين رجب لوجوب الأداء فيه فكان تعيين كل شهر قبل رجب باتصال الأداء به وتعيين رجب بمجيئه قبل اتصال الأداء بشهر قبله كان في باب الصلاة أنها تجب في جزء من الوقت غير عين وإنما يتعين الوجوب بالشروع إن شرع فيها وإن لم يشرع إلى آخر الوقت تعين آخر الوقت للوجوب وهو الصحيح من الأقاويل على ما عرف في أصول الفقه وكما في النذر المطلق عن الوقت وسائر الواجبات المطلقة عن الوقت من قضاء رمضان والكفارة وغيرهما أنها تجب في مطلق الوقت في غير عين وإنما يتعين الوجوب إما باتصال الأداء به وإما بآخر العمر إذا صار إلى حال لو لم يؤد لفات بالموت.

وأما كيفية ثبوته: فالنذر لا يخلو إما إن أضيف إلى وقت مبهم وإما إن أضيف إلى وقت معين؛ فإن أضيف إلى وقت مبهم بأن قال لله عليّ أن أصوم شهراً ولا نية له فحكمه هو حكم الأمر المطلق عن الوقت.

واختلف أهل الأصول في ذلك أن حكمه وجوب الفعل على الفور أم على التراخي، حكى الكرخي رحمه الله عن أصحابنا أنه على الفور.

وروى ابن شجاع البلخي عن أصحابنا أنه يجب وجوباً موسعاً فظهر الاختلاف بين أصحابنا في الحج فعند أبي يوسف يجب على الفور، وعند محمد على التراخي، وروي عن أبي حنيفة عليه الرحمة مثل قول أبي يوسف.

وقال عامة مشايخنا: بما وراء النهر أنه على التراخي وتفسير الواجب على التراخي عندهم أنه يجب في جزء من عمره غير عين وإليه خيار التعيين ففي أي وقت شرع فيه تعين ذلك الوقت للوجوب، وإن لم يشرع يتضيق الوجوب في آخر عمره إذا بقي من آخر عمره قدر ما يمكنه الأداء فيه بغالب ظنه حتى لو مات قبل الأداء يأثم بتركه وهو الصحيح، لأن الأمر بالفعل مطلق عن الوقت فلا يجوز تقييده إلاّ بدليل فكذلك النذر، لأن النصوص المقتضية لوجوب الوفاء بالنذر مطلقة عن الوقت فلا يجوز تقييدها إلا بدليل، وكذا سبب الوجوب وهو النذر وجد مطلقاً عن الوقت والحكم يثبت على وفق السبب فيجب عليه أن يصوم شهراً من عمره غير عين وخيار التعيين إليه إلى أن يغلب على ظنه الفوات لو لم يصم فيضيق الوقت حينئذٍ.

وكذا حكم الاعتكاف المضاف إلى وقت مبهم بأن قال لله عليّ أن أعتكف شهراً ولا نية له، وهذا

بخلاف اليمين بالكلام بأن قال والله لا أكلم فلاناً شهراً أنه يتعين الشهر الذي يلي اليمين.

وكذا الإجارة بأن آجر داره أو عبده شهراً فإنه يتعين الشهر الذي يلي العقد لأنه أضاف النذر إلى شهر منكر والصرف إلى الشهر الذي يلي النذر يعين المنكر ولا يجوز تعيين المنكر إلا بدليل هو الأصل، وقد قام دليل التعيين في باب اليمين والإجارة، لأن غرض الحالف منع نفسه عن الكلام والإنسان إنما يمنع نفسه عن الكلام مع غيره لإهانته والاستخفاف به لداع يدعوه إلى ذلك الحال والإجارة تنعقد للحاجة إلى الانتفاع بالمستأجر والحاجة قائمة عقيب العقد فيتعين الزمان المتعقب للعقد لثبوت حكم الإجارة، ويجوز تعيين المبهم عند قيام الدليل المعين، ولو نوى شهراً معيناً صحت نيته لأنه نوى ما يحتمله لفظه وفيه تشديد عليه ثم في النذر المضاف إلى وقت مبهم إذا عين شهراً للصوم فهو بالخيار إن شاء تابع وإن شاء فرق بخلاف الاعتكاف أنه إذا عين شهراً للاعتكاف فلا بد وأن يعتكف متتابعاً في النهار والليالي جميعاً، لأن الإيجاب في النوعين حصل مطلقاً عن صفة التتابع إلا أن في ذات الاعتكاف ما يوجب التتابع وهو كونه لبثاً على الدوام فكان مبناه على الاتصال والليالي والنهر قابلة لذلك فلا بد من التتابع ومبنى الصوم ليس على التتابع بل على التفريق لما بين كل يومين ما لا يصلح له وهو الليل فبقي له الخيار، وإن أضيف إلى وقت معين بأن قال لله عليّ أصوم غداً يجب عليه صوم الغد وجوباً مضيقاً ليس له رخصة التأخير من غير عذر.

وكذا إذا قال: لله عليّ صوم رجب فلم يصم فيما سبق من الشهور على رجب حتى هجم رجب لا يجوز له التأخير من غير عذر لأنه إذا لم يصم قبله حتى جاء رجب تعين رجب لوجوب الصوم فيه التضييق فلا يباح له التأخير.

ولو صام رجباً وأفطر منه يوماً لا يلزمه الاستقبال ولكنه يقضي ذلك اليوم من شهر آخر بخلاف ما إذا قال لله عليّ أن أصوم شهراً متتابعاً، أو قال: أصوم شهراً ونوى التتابع فأفطر يوماً أنه يستقبل لأن هناك أوجب على نفسه صوماً موصوفاً بصفة التتابع وصح الإيجاب، لأن صفة التتابع زيادة قربة لما يلحقه بمراعاتها من زيادة مشقة وهي صفة معتبرة شرعاً ورد الشرع بها في كفارة القتل والظهار الإفطار واليمين عندنا فيصح التزامه بالنذر فيلزمه كما التزم فإذا ترك فلم يأت بالملتزم فيستقبل كما في صوم كفارة الظهار والقتل.

فأما ههنا فما أوجب على نفسه صوماً متتابعاً وإنما وجب عليه التتابع لضرورة تجاور الأيام، لأن أيام الشهر متجاورة فكانت متتابعة فلا يلزمه إلا قضاء ما أفطر كما لو أفطر يوماً من رمضان لا يلزمه إلا قضاؤه، وإن كان صوم شهر رمضان متتابعاً لما قلنا كذا هذا.

ولأنا لو ألزمناه الاستقبال لوقع أكثر الصوم في غير ما أضيف إليه النذر، ولو أتم وقضى يوماً لكان مؤدياً أكثر الصوم في الوقت المعين فكان هذا أولى.

ولو أفطر رجب كله قضى في شهر آخر لأنه فوت الواجب عن وقته فصار ديناً عليه والدين مقضي على لسان رسول الله ﷺ، ولهذا وجب قضاء رمضان إذا فات عن وقته، ولأن الوجوب عند النذر بإيجاب الله عز شأنه فيعتبر بالإيجاب المبتدأ وما أوجبه الله تعالى عز شأنه على عباده ابتداءً لا يسقط عنه إلا بالأداء أو بالقضاء كذا هذا، والله تعالى عز شأنه أعلم.

كتاب الكفارات

الكلام في الكفارات في مواضع: في بيان أنواعها؛ وفي بيان وجوب كل نوع، وفي بيان كيفية وجوبه، وفي بيان شرط وجوبه، وفي بيان شرط جوازه.

أما الأول: فالكفارات المعهودة في الشرع خمسة أنواع: كفارة اليمين وكفارة الحلق وكفارة القتل وكفارة الظهار، وكفارة الإفطار، والكل واجبة إلا أن أربعة منها عرف وجوبها بالكتاب العزيز وواحدة منها عرف وجوبها بالسنة.

أما الأربعة التي عرف وجوبها بالكتاب العزيز فكفارة اليمين، وكفارة الحلق، وكفارة القتل، وكفارة الظهار، قال الله تعالى عز شأنه في كفارة اليمين: **﴿لا يؤاخذكم الله باللغو في أيمانكم ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الأيمان فكفارته إطعام عشرة مساكين من أوسط ما تطعمون أهليكم أو كسوتهم أو تحرير رقبة فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام ذلك كفارة أيمانكم إذا حلفتم﴾**[١] والكفارة في عرف الشرع اسم للواجب وقال جل شأنه في كفارة الحلق: **﴿فمن كان منكم مريضاً أو به أذى من رأسه ففدية من صيام أو صدقة أو نسك﴾**[٢] أي فعليه فدية من صيام أو صدقة أو نسك، وقال تعالى في كفارة القتل: **﴿ومن قتل مؤمناً خطأً فتحرير رقبة مؤمنة﴾**[٣] إلى قوله تعالى: **﴿فإن كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن فتحرير رقبة مؤمنة، وإن كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق فدية مسلمة إلى أهله وتحرير رقبة مؤمنة فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين توبة من الله﴾**[٤] أي فعليه تحرير رقبة مؤمنة وعليه ذلك وعليه صوم شهرين متتابعين، لأن صيغته وإن كانت صيغة الخبر لكن لو حمل على الخبر لأدى إلى الخلف في خبر من لا يحتمل خبره الخلف فيحمل على الإيجاب والأمر بصيغة الخبر كثير النظير في القرآن، قال الله تعالى: **﴿والوالدات يرضعن أولادهن﴾**[٥] أي ليرضعن، وقال عز شأنه: **﴿والمطلقات يتربصن بأنفسهن﴾**[٦] أي ليتربصن ونحو ذلك.

وقال الله تعالى في كفارة الظهار: **﴿والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من**

---

(١) سورة المائدة، الآية: (٨٩).
(٢) سورة البقرة، الآية: (١٩٦).
(٣) سورة النساء، الآية: (٩٢).
(٤) سورة النساء، الآية: (٩٢).
(٥) سورة البقرة، الآية: (٢٣٣).
(٦) سورة البقرة، الآية: (٢٢٨).

قبل أن يتماسا﴾[١] إلى قوله تعالى: ﴿فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين من قبل أن يتماسا فمن لم يستطع فإطعام ستين مسكيناً﴾[٢] أي فعليهم ذلك لما قلنا.

وأما كفارة الإفطار: فلا ذكر لها في الكتاب العزيز وإنما عرف وجوبها بالسنة وهو ما روي أن أعرابياً جاء إلى رسول الله ﷺ وقال: يا رسول الله هلكت وأهلكت فقال له رسول الله ﷺ: «ماذا صنعت» فقال: واقعت امرأتي في شهر رمضان متعمداً، فقال النبي ﷺ: «أعتق رقبة»، قال: ليس عندي ما أعتق فقال له ﷺ: «صم شهرين متتابعين»، قال: لا أستطيع، فقال له عليه الصلاة والسلام: «أطعم ستين مسكيناً»، فقال: لا أجد ما أطعم، فأمر رسول الله ﷺ بعرق فيه خمسة عشر صاعاً من تمر فقال: «خذها وفرقها على المساكين» فقال: أعلى أهل بيت أحوج مني والله ما بين لابتي المدينة أحد أحوج مني ومن عيالي، فقال له النبي عليه الصلاة والسلام: «كلها وأطعم عيالك تجزيك ولا تجزي أحداً بعدك»[٣].

وفي بعض الروايات أن الأعرابي لما قال ذلك تبسم رسول الله ﷺ حتى بدت نواجذه، ثم قال عليه الصلاة والسلام: «كلها وأطعم عيالك تجزيك ولا تجزي أحداً بعدك»، فقد أمر عليه الصلاة والسلام بالإعتاق ثم بالصوم ثم بالإطعام ومطلق الأمر محمول على الوجوب والله عز شأنه أعلم.

فصل: وأما بيان كيفية وجوب هذه الأنواع فلوجوبها كيفيتان:

إحداهما: أن بعضها واجب على التعيين مطلقاً، وبعضها على التخيير مطلقاً، وبعضها على التخيير في حال والتعيين في حال.

أما الأول: فكفارة القتل والظهار والإفطار، لأن الواجب في كفارة القتل التحرير على التعيين لقوله عز شأنه: ﴿ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة﴾[٤] إلى قوله جل شأنه: ﴿فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين﴾[٥] والواجب في كفارة الظهار والإفطار ما هو الواجب في كفارة القتل وزيادة الإطعام إذا لم يستطع الصيام لقوله عز شأنه: ﴿فمن لم يستطع فإطعام ستين مسكيناً﴾[٦] وكذا الواجب في كفارة الإفطار لما روينا من الحديث.

---

(١) سورة المجادلة، الآية: (٣).

(٢) سورة المجادلة، الآية: (٤).

(٣) أخرجه مالك في «الموطأ» كتاب الصيام باب كفارة من أفطر في رمضان.
وأحمد في «المسند» (٢/ ٢٨١) وعبد الرزاق في «المصنف» (٧٤٥٧).
والبخاري في «الصحيح» كتاب الهبة باب إذا وهب هبة فقبضها الآخر ولم يقل قبلت (٢٦٠٠).
ومسلم في «الصحيح» كتاب الصيام باب تغليظ تحريم الجماع في نهار رمضان على الصائم (١١١١) وأبو داود في «السنن» كتاب الصوم باب كفارة من أتى أهله في رمضان (٢٣٩٢).
وابن حبان في «صحيحه» (٢٣٩٢).
وابن حبان في «صحيحه» كتاب الصوم باب الكفارة (٣٥٢٣، ٣٥٢٤، ٣٥٢٥، ٣٥٢٦، ٣٥٢٧، ٣٥٢٨).

(٤) سورة النساء، الآية: (٩٢).

(٥) سورة المجادلة، الآية: (٤).

(٦) سورة المجادلة، الآية: (٤).

وأما الثاني: فكفارة الحلق لقوله عز شأنه: ﴿ففدية من صيام أو صدقة أو نسك﴾ وأما الثالث فهو كفارة اليمين، لأن الواجب فيها أحد الأشياء الثلاثة باختياره فعلاً غير عين وخيار التعيين إلى الحالف يعين أحد الأشياء الثلاثة باختياره فعلاً، وهذا مذهب أهل السنة والجماعة في الأمر بأحد الأشياء أنه يكون أمراً بواحد منها غير عين وللمأمور خيار التعيين.

وقالت المعتزلة: يكون أمراً بالكل على سبيل البدل، وهذا الاختلاف بناء على أصل مختلف بيننا وبينهم معروف يذكر في أصول الفقه، والصحيح قولنا لأن كلمه أو إذا دخلت بين أفعال يراد بها واحد منها لا الكل في الإخبار والإيجاب جميعاً يقال جاءني زيد أو عمرو ويراد به مجيء أحدهما ويقول الرجل لآخر بع هذا أو هذا ويكون توكيلاً ببيع أحدهما فالقول بوجوب الكل يكون عدولاً عن مقضى اللغة، ولدلائل أخر عرفت في أصول الفقه فإن لم يجد شيئاً من ذلك فعليه صيام ثلاثة أيام على التعيين لقوله عز شأنه: ﴿فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام ذلك كفارة أيمانكم إذا حلفتم﴾.

والثانية: أن الكفارات كلها واجبة على التراخي هو الصحيح من مذهب أصحابنا في الأمر المطلق عن الوقت حتى لا يأثم بالتأخير عن أول أوقات الإمكان ويكون مؤدياً لا قاضياً ومعنى الوجوب على التراخي هو أن يجب في جزء من عمره غير عين وإنما يتعين بتعيينه فعلاً أو في آخر عمره بأن أخره إلى وقت يغلب على ظنه أنه لو لم يؤد فيه لفات؛ فإذا أدى فقد أدى الواجب وإن لم يؤد حتى مات أثم لتضييق الوجوب عليه في آخر العمر وهل يؤخذ من تركته ينظر إن كان لم يوص لا يؤخذ ويسقط في حق أحكام الدنيا عندنا كالزكاة والنذر.

ولو تبرع عنه ورثته جاز عنه في الإطعام والكسوة وأطعموا في كفارة اليمين عشرة مساكين أو كسوتهم وفي كفارة الظهار والإفطار أطعموا ستين مسكيناً ولا يجبرون عليه ولا يجوز أن يعتقوا عنه، لأن التبرع بالإعتاق عن الغير لا يصح ولا أن يصوموا عنه لأنه عبادة بدنية محضة فلا تجري فيه النيابة.

وقد روي عن النبي عليه السلام أنه قال: «لا يصومُ أحدٌ عَنْ أحدٍ ولا يصلي أَحدٌ عَنْ أَحدٍ»[1] وإن كان أوصى بذلك يؤخذ من ثلث ماله فيطعم الوصي في كفارة اليمين عشرة مساكين أو كسوتهم أو تحرير رقبة لأنه لما أوصى فقد بقي ملكه في ثلث ماله وفي كفارة القتل والظهار والإفطار تحرير رقبة إن بلغ ثلث ماله قيمة الرقبة وإن لم يبلغ أطعم ستين مسكيناً في كفارة الظهار والإفطار ولا يجب الصوم فيها وإن أوصى، لأن

---

(١) أخرجه النسائي في «الكبرى» كما في «تحفة الأشراف» (٥٨٨٦) عن ابن عباس موقوفاً من قوله.
والبيهقي في «السنن الكبرى» (٤/٢٥٧).
وقال ابن حجر في «التلخيص»: روى النسائي في «الكبرى» بإسناد صحيح... (٢/٢٢١).
وعبد الرزاق في «المصنف» (٧٦٥٠، ٧٦٥١، ٧٦٣٠) عن ابن عباس أيضاً.
ومالك في «الموطأ» (١/٣٠٣) عن ابن عمر موقوفاً.
ويدل له من المرفوع ما أخرجه ابن ماجه في «السنن» عن ابن عمر قال: قال رسول الله ﷺ: «من مات وعليه صيام شهر فليطعم عنه مكان كل يوم مسكيناً» كتاب الصيام باب من مات وعليه صيام رمضان قد فرط فيه.
وأخرجه الترمذي في «السنن» كتاب الزكاة باب ما جاء من الكفارة (٨١٧).
وقال: حديث ابن عمر لا نعرفه مرفوعاً إلا من هذا الوجه والصحيح عن ابن عمر موقوف.

الصوم نفسه لا يحتمل النيابة ولا يجوز الفداء عنه بالطعام، لأنه في نفسه بدل والبدل لا يكون له بدل.

ولو أوصى أن يطعم عنه عشرة مساكين عن كفارة يمينه، ثم مات فغدى الوصي عشرة ثم ماتوا يستأنف فيغدي ويعشي غيرهم لأنه لا سبيل إلى تفريق الغداء والعشاء على شخصين لما نذكر ولا يضمن الوصي شيئاً لأنه غير متعد إذ لا صنع له في الموت.

ولو قال: أطعموا عني عشرة مساكين غداءً وعشاءً ولم يسم كفارة فغدوا عشرة ثم ماتوا يعشوا عشرة غيرهم لأنه لم يأمر بذلك على وجه الكفارة، ألا ترى أنه لم يسم كفارة فكان سببه النذر فجاز التفريق والله تعالى عز شأنه أعلم.

فصل: وأما شرائط وجوب كل نوع فكل ما هو شرط انعقاد سبب وجوب هذه الكفارة من اليمين والظهار والإفطار والقتل فهو شرط وجوبها، لأن الشروط كلها شروط العلل عندنا، وقد ذكرنا ذلك في كتاب الأيمان والظهار والصوم والجنايات، ومن شرائط وجوبها القدرة على أداء الواجب، وهذا شرط معقول لاستحالة وجوب فعل بدون القدرة عليه غير أن الواجب إذا كان معيناً تشترط القدرة على أدائه عيناً كما في كفارة القتل والظهار والإفطار فلا يجب التحرير فيها إلا إذا كان واجداً للرقبة وهو أن يكون له فضل مال على كفايته يؤخذ به رقبة صالحة للتكفير فإن لم يكن لا يجب عليه التحرير لقوله جل وعلا: ﴿**فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين**﴾[1] شرط سبحانه وتعالى عدم وجدان الرقبة لوجوب الصوم، فلو لم يكن الوجود شرطاً لوجوب التحرير وكان يجب عليه وجد أو لم يجد لم يكن لشرط عدم وجدان الرقبة لوجوب الصوم معنى؛ فدل أن عدم الوجود شرط الوجوب فإذا كان في ملكه رقبة صالحة للتكفير يجب عليه تحريرها سواء كان عليه دين أو لم يكن لأنه واجد حقيقة فكذا إذا لم يكن في ملكه عين رقبة وله فضل مال على كفايته يجب رقبة صالحة للتكفير لأنه يكون واجداً من حيث المعنى.

فأما إذا لم يكن له فضل مال على قدر كفاية ما يتوصل به إلى الرقبة ولا في ملكه عين الرقبة لا يجب عليه التحرير، لأن قدر الكفارة مستحق الصرف إلى حاجته الضرورية والمستحق كالمصروف فكان ملحقاً بالعدم كالماء المحتاج إليه للشرب في السفر حتى يباح له التيمم ويدخل تحت قوله عز شأنه: ﴿**فلم تجدوا ماءً فتيمموا صعيداً طيباً**﴾[2] وإن كان موجوداً حقيقة لكنه لما كان مستحق الصرف إلى الحاجة الضرورية ألحق بالعدم شرعاً كذا هذا.

وإن كان الواجب واحداً منها كما في كفارة اليمين تشترط القدرة على أداء الواجب على الإبهام وهو أن يكون في ملكه فضل على كفاية ما يجد به أحد الأشياء الثلاثة لأنه يكون واجداً معنى أو يكون في ملكه واحد من المنصوص عليه عيناً من عبد صالح للتكفير أو كسوة عشرة مساكين أو إطعام عشرة مساكين لأنه يكون واجداً حقيقة.

وكذا لا يجب الصيام ولا الإطعام فيما للطعام فيه مدخل إلا على القادر عليها، لأن إيجاب الفعل على

---

(١) سورة المجادلة، الآية: (٤).
(٢) سورة النساء، الآية: (٤٣).

العاجز ممتنع، ولقوله عز اسمه في كفارة الظهار ﴿**فمن لم يستطع فإطعام ستين مسكيناً**﴾[١] شرط سبحانه وتعالى عدم استطاعة الصيام لوجوب الإطعام فدل أن استطاعة الصوم شرط لوجوبه ولا يجب على العبد في الأنواع كلها إلا الصوم لأنه لا يقدر إلا عليه لأنه ليس من أهل ملك المال، لأنه مملوك في نفسه فلا يملك شيئاً.

ولو أعتق عنه مولاه أو أطعم أو كسا لا يجوز لأنه لا يملك وإن ملك؛ وكذا المكاتب، لأنه عبد ما بقي عليه درهم، وكذا المستسعىٰ في قول أبي حنيفة رضي الله عنه لأنه بمنزلة المكاتب.

ومنها: العجز عن التحرير عيناً في الأنواع الثلاثة شرط لوجوب الصوم فيها لقوله عز شأنه في كفارة القتل والظهار ﴿**فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين**﴾ أي من لم يجد رقبة. شرط سبحانه وتعالى عدم وجود الرقبة لوجوب الصوم فلا يجب الصوم مع القدرة على التحرير.

وأما في كفارة اليمين فالعجز عن الأشياء الثلاثة شرط لوجوب الصوم فيها لقوله تعالى: ﴿**فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام**﴾[٢] أي فمن لم يجد واحداً منها فعليه صيام ثلاثة أيام فلا يجب الصوم مع القدرة على واحد منها.

وأما العجز عن الصيام فشرط لوجوب الإطعام فيما للإطعام فيه مدخل لقوله جل وعلا: ﴿**فمن لم يستطع فإطعام ستين مسكيناً**﴾[٣] أي من لم يستطع الصيام فعليه إطعام ستين مسكيناً فلا يجب الإطعام مع استطاعة الصيام.

ثم اختلف في أن المعتبر هو القدرة والعجز وقت الوجوب أم وقت الأداء قال أصحابنا رحمهم الله: وقت الأداء، وقال الشافعي رحمه الله وقت الوجوب حتى لو كان موسراً وقت الوجوب ثم أعسر جاز له الصوم عندنا وعنده لا يجوز ولو كان على القلب لا يجوز عندنا، وعنده يجوز.

وجه قوله: أن الكفارة وجبت عقوبة فيعتبر فيها وقت الوجوب كالحد، فإن العبد إذا زنا ثم أعتق يقام عليه حد العبيد.

والدليل على أنها وجبت عقوبة أن سبب وجوبها الجناية من الظهار والقتل والإفطار والحنث وتعليق الوجوب بالجناية تعليق الحكم بوصف مناسب مؤثر فيحال عليه؛ وربما قالوا هذا ضمان يختلف باليسار والإعسار فيعتبر فيه حال الوجوب كضمان الإعتاق.

ولنا: أن الكفارة عبادة لها بدل ومبدل فيعتبر فيها وقت الأداء لا وقت الوجوب كالصلاة بأن فاتته صلاة في الصحة فقضاها في المرض قاعداً أو بالإيماء أنه يجوز.

والدليل على أنها عبادة وأن لها بدلاً أن الصوم بدل عن التكفير بالمال والصوم عبادة وبدل العبادة

(١) سورة المجادلة، الآية: (٤).
(٢) سورة البقرة، الآية: (١٩٦).
(٣) سورة المجادلة، الآية: (٤).

عبادة، وكذا يشترط فيها النية وأنها لا تشترط إلا في العبادات.

وإذا ثبت أنها عبادة لها بدل ومبدل فهذا يوجب أن يكون المعتبر فيها وقت الأداء لا وقت الوجوب لأنه إذا أيسر قبل الشروع في الصيام أو قبل تمامه فقد قدر على المبدل قبل حصول المقصود بالبدل فيبطل البدل وينتقل الأمر إلى المبدل كالمتيمم إذا وجد الماء قبل الشروع في الصلاة أو بعده قبل الفراغ منها عندنا وكالصغيرة إذا اعتدت بشهر ثم حاضت أنه يبطل الاعتداد بالأشهر وينتقل الحكم إلى الحيض وإذا أعسر قبل التكفير بالمال فقد عجز عن المبدل قبل حصول المقصود به وقدر على تحصيله بالبدل كواجد الماء إذا لم يتوضأ حتى مضى الوقت ثم عدم الماء ووجد تراباً نظيفاً أنه يجوز له أن يتيمم ويصلي بل يجب عليه ذلك كذا ههنا بخلاف الحدود، لأن الحد ليس بعبادة مقصودة بل هو عقوبة، ولهذا لا يفتقر إلى النية.

وكذا لا بدل له، لأن حد العبيد ليس بدلاً عن حد الأحرار بل هو أصل بنفسه، ألا ترى أنه يحد العبيد مع القدرة على حد الأحرار ولا يجوز المصير إلى البدل مع القدرة على المبدل كالتراب مع الماء وغير ذلك، بخلاف الصلاة إذا وجبت على الإنسان وهو مقيم ثم سافر أو مسافر ثم أقام أنه يعتبر في قضائها وقت الوجوب؛ لأن صلاة المسافر ليست بدلاً عن صلاة المقيم ولا صلاة المقيم بدل عن صلاة المسافر بل صلاة كل واحد منهما أصل بنفسها.

ألا ترى أنه يصلي إحداهما مع القدرة على الأخرى وبخلاف ضمان الإعتاق لأنه ليس بعبادة، وكذا السعاية ليست ببدل عن الضمان على أصل أبي حنيفة رحمه الله لأن الشريك مخير عندهم بين التضمين والاستسعاء ولا يخير بين البدل والمبدل في الشريعة.

وأما قوله: إن سبب وجوب الكفارة الجناية فممنوع بل سبب وجوبها ما هو سبب وجوب التوبة إذ هي أحد نوعي التوبة وإنما الجناية شرط كما في التوبة، هذا قول المحققين من مشايخنا.

وعلى هذا يخرج ما إذا وجب عليه التحرير أو أحد الأشياء الثلاثة بأن كان موسراً ثم أعسر أنه يجزئه الصوم، ولوكان معسراً ثم أيسر لم يجزه الصوم عندنا وعند الشافعي لا يجزئه في الأول ويجزئه في الثاني؛ لأن الاعتبار لوقت الأداء عندنا لا لوقت الوجوب وهو في الأول يعتبر وقت الأداء فوجد شرط جواز الصوم ووجوبه وهو عدم الرقبة فجاز بل وجب وفي الثاني لم يوجد الشرط فلم يجز، وعنده لما كان المعتبر وقت الوجوب فيراعى وجود الشرط للجواز وعدمه وقت الوجوب ولم يوجد في الأول ووجد في الثاني.

ولو شرع في الصوم ثم أيسر قبل تمامه لم يجز صومه ذكر هذا في الأصل بلغنا ذلك عن عبد الله بن عباس وإبراهيم لما ذكرنا أنه قدر على الأصل قبل حصول المقصود بالبدل فلا يعتبر البدل.

والأفضل أن يتم صوم ذلك اليوم فلو أفطر لا يلزمه القضاء عند أصحابنا الثلاثة رحمهم الله، وعند زفر رحمه الله يقضي، وأصل هذه المسألة في كتاب الصوم وهو من شرع في صوم على ظن أنه عليه ثم تبين أنه ليس عليه فالأفضل له أن يتم الصوم، ولو أفطر فهو على الاختلاف الذي ذكرنا.

وعلى قياس قول الشافعي رحمه الله يمضي على صومه، لأن العبرة في باب الكفارات لوقت الوجوب عنده ووقت الوجوب كان معسراً، ولو أيسر بعد الإتمام جاز صومه لأنه قدر المبدل علىٰ بعد حصول المقصود

بالبدل فلا يبطل البدل بخلاف الشيخ الفاني إذا فدى ثم قدر على الصوم أنه تبطل الفدية ويلزمه الصوم لأن الشيخ الفاني هو الذي لا ترجى له القدرة على الصوم فإذا قدر تبين أنه لم يكن شيخاً فانياً، ولأن الفدية ليست ببدل مطلق لأنها ليست بمثل للصوم صورة ومعنى فكانت بدلاً ضرورياً، وقد ارتفعت الضرورة فبطلت القدرة، فأما الصوم فبدل مطلق فلا يبطل بالقدرة على الأصل بعد حصول المقصود به والله عز شأنه أعلم.

فصل: وأما شرط جواز كل نوع فلجواز هذه الأنواع شرائط: بعضها يعم الأنواع كلها، وبعضها يخص البعض دون البعض.

أما الذي يعم الكل فنية الكفارة حتى لا تتأدى بدون النية، والكلام في النية في موضعين.

أحدهما: في بيان أن نية الكفارة شرط جوازها.

والثاني: في بيان شرط صحة النية.

أما الأول: فلأن مطلق الفعل يحتمل التكفير ويحتمل غيره فلا بد من التعيين وذلك بالنية، ولهذا لا يتأدى صوم الكفارة بمطلق النية، لأن الوقت يحتمل صوم الكفارة وغيره فلا يتعين إلا بالنية كصوم قضاء رمضان وصوم النذر المطلق، ولو أعتق رقبة واحدة عن كفارتين فلا شك أنه لا يجوز عنهما جميعاً، لأن الواجب عن كل كفارة منهما إعتاق رقبة كاملة ولم يوجد، وهل يجوز عن إحداهما فالكفارتان الواجبتان لا يخلو: إما إن وجبتا بسببين من جنسين مختلفين وإما إن وجبتا بسببين من جنس واحد.

فإن وجبتا من جنسين مختلفين كالقتل والظهار فأعتق رقبة واحدة ينوي عنهما جميعاً لا يجوز عن إحداهما بلا خلاف بين أصحابنا، وعند الشافعي رحمه الله يجوز.

وإن وجبتا بسببين من جنس واحد كظهارين أو قتلين يجوز عن إحداهما عند أصحابنا الثلاثة رحمهم الله استحساناً وهو قول الشافعي رحمه الله، والقياس أن لا يجوز وهو قول زفر رحمه الله، وهذا الاختلاف مبني على أن نية التعيين والتوزيع هل تقع معتبرة أم تقع لغواً فعند أصحابنا معتبرة في الجنسين المختلفين وعند الشافعي رحمه الله لغو فيهما جميعاً.

وأما في الجنس الواحد فهي لغو عند أصحابنا الثلاثة رضي الله عنهم، وعند زفر معتبرة قياساً.

أما الكلام مع الشافعي فوجه قوله أن الكفارات على اختلاف أسبابها جنس واحد ونية التعيين في الجنس الواحد لغو لما ذكرنا.

ولنا: أن التعيين في الأجناس المختلفة محتاج إليه وذلك بالنية فكان نية التعيين محتاجاً إليها عند اختلاف الجنس فصادفت النية محلها فصحت ومتى صحت أوجبت انقسام عين رقبة واحدة على كفارتين فيقع عن كل واحد منهما عتق نصف رقبة فلا يجوز لا عن هذه ولا عن تلك.

وأما قوله: الكفارتان جنس واحد فنعم من حيث هما كفارة لكنهما اختلفا سبباً وقدراً وصفة: أما السبب فلا شك فيه، وأما القدر فإن الطعام يدخل في إحداهما وهي كفارة الظهار ولا يدخل في الأخرى وهي كفارة القتل.

وأما الصفة فإن الرقبة في كفارة الظهار مطلقة عن صفة الإيمان وفي كفارة القتل مقيدة بها، وإذا اختلفا من هذه الوجوه كان التعيين بالنية محتاجاً إليه فصادفت النية محلها فصحت فانقسم عتق رقبة بينهما فلم يجز عن إحداهما حتى لو كانت الرقبة كافرة وتعذر صرفها إلى الكفارة للقتل انصرفت بالكلية إلى الظهار وجازت عنه كذا قال بعض مشايخنا بما وراء النهر.

ونظيره ما إذا جمع بين امرأة وابنتها أو أمها أو أختها وتزوجهما في عقدة واحدة، فإن كانتا فارغتين لا يجوز، وإن كانت إحداهما منكوحة والأخرى فارغة يجوز نكاح الفارغة.

وأما الكلام بين أصحابنا فوجه القياس في ذلك أنه أوقع عتق رقبة واحدة عن كفارتين على التوزيع والانقسام فيقع عن كل واحدة منهما عتق نصف رقبة فلا يجوز عن واحدة منهما لأن المستحق عليه عن كل واحدة منهما إعتاق رقبة كاملة ولم يوجد وبهذا لم يجز عن إحداهما عند اختلاف الجنس.

ولنا: أن نية التعيين لم تصادف محلها، لأن محلها الأجناس المختلفة إذ لا تقع الحاجة إلى التعيين إلا عند اختلاف الجنس فإذا اتحد الجنس لم تقع الحاجة إليها فلغت نية التعيين وبقي أصل النية وهي نية الكفارة فتقع عن واحدة منهما كما في قضاء صوم رمضان إذا كان عليه صوم يومين فصام يوماً ينوي قضاء صوم يومين تلغو نية التعيين وبقيت نية ما عليه كذا هذا، بخلاف ما إذا اختلف الجنس، لأن باختلاف الجنس تقع الحاجة إلى التعيين فلا تلغو نية التعيين بل تعتبر ومتى اعتبرت يقع عن كل جنس نصف رقبة فلا يجوز عنه كما إذا كان عليه صوم يوم من قضاء رمضان وصوم يوم من كفارة اليمين فنوى من الليل أن يصوم غداً عنهما كانت نية التوزيع معتبرة حتى لا يصير صائماً عن أحدهما لأن الانقسام يمنع من ذلك والله تعالى أعلم.

ولو أطعم ستين مسكيناً كل مسكين صاعاً من حنطة عن ظهارين لم يجز إلا عن أحدهما في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله، وقال محمد: يجزئه عنهما وقال زفر: لا يجزئه عنهما.

وكذلك لو أطعم عشرة مساكين كل مسكين صاعاً عن يمينين فهو على هذا الاختلاف، ولو كانت الكفارتان من جنسين مختلفين جاز فيهما بالإجماع.

وأما وجه قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله فلما ذكرنا أن من أصل أصحابنا الثلاثة أن الكفارتين إذا كانتا من جنس واحد لا يحتاج فيهما إلى نية التعيين بل تلغو نية التعيين ههنا ويبقى أصل النية وهو نية الكفارة يدفع ستين صاعاً إلى ستين مسكيناً من غير تعيين أن نصفه عن هذا ونصفه عن ذاك ولو لم يعين لم يجز إلا عن أحدهما كذا هذا إلا أن محمداً يقول: إن نية التعيين إنما تبطل لأنه لا فائدة فيها وههنا في التعين فائدة وهي جواز ذلك عن الكفارتين فوجب اعتبارها ويقول: إطعام ستين مسكيناً يكون عن كفارة واحدة والكفارة الواحدة منهما مجهول، ولهذا قال: إذا أعتق رقبة واحدة عنهما لا يجوز عن واحدة منهما بخلاف ما إذا كانت الكفارتان من جنسين لأنه قد صح من أصل أصحابنا جميعاً أن نية التعيين عند اختلاف الجنس معتبرة، وإذا صح التعيين والمؤدى يصلح عنهما جميعاً وقع المؤدى عنهما فجاز عنهما جميعاً والله تعالى أعلم.

وأما شرط جواز النية فهو: أن تكون النية مقارنة لفعل التكفير فإن لم تقارن الفعل رأساً أو لم تقارن

فعل التكفير بأن تأخرت عنه لم يجز، لأن اشتراط النية لتعيين المحتمل وإيقاعه على بعض الوجوه ولن يتحقق ذلك إلا إذا كانت مقارنة للفعل ولأن النية هي الإرادة والإرادة مقارنة للفعل كالقدرة الحقيقية لأن بها يصير الفعل اختيارياً.

وعلى هذا يخرج ما إذا اشترى أباه أو ابنه ينوي به العتق عن كفارة يمينه أو ظهاره أو إفطاره أو قتله أجزأه عندنا استحساناً، والقياس أن لا يجزيه، وهو قول زفر والشافعي رحمهما الله بناءً على أن شراء القريب إعتاق عندنا فإذا اشتراه ناوياً عن الكفارة فقد قارنت النية الإعتاق فجاز، وعندهما العتق يثبت بالقرابة والشراء شرط فلم تكن النية مقارنة لفعل الإعتاق فلا يجوز.

وجه القياس: أن الشراء ليس بإعتاق حقيقة ولا مجازاً، أما الحقيقة فلا شك في انتفائها لأن واضع اللغة ما وضع الشراء للإعتاق.

وأما المجاز فلأن المجاز يستدعي المشابهة في المعنى اللازم المشهور في محل الحقيقة ولا مشابهة ههنا لأن الشراء تملك والإعتاق إزالة الملك وبينهما مضادة.

ولنا: ما روى أبو داود في سننه بإسناد عن أبي هريرة رضي الله عنه عن رسول الله ﷺ أنه قال: «**لن يجزي ولد والداً إلا أن يجده مملوكاً فيشتريه فيعتقه**»[1]، سماه معتقاً عقيب الشراء ولا فعل منه بعد الشراء فعلم أن الشراء وقع إعتاقاً منه عقلنا وجه ذلك أو لم نعقل فإذا نوى عند الشراء الكفارة فقد اقترنت النية بفعل الإعتاق فجاز، وقولهما الشراء ليس بإعتاق حقيقة ممنوع بل هو إعتاق لكن حقيقة شرعية لا وضعية والحقائق أنواع: وضعية وشرعية وعرفية على ما عرف في أصول الفقه.

وكذلك إذا وهب له أو أوصى له به فقبله، لأنه يعتق بالقبول فقارنت النية فعل الإعتاق، وإن ورثه ناوياً عن الكفارة لم يجز، لأن العتق ثبت من غير صنعه رأساً فلم يوجد قران النية الفعل فلا يجوز.

وعلى هذا يخرج ما إذا قال لعبد الغير: إن اشتريتك فأنت حر فاشتراه ناوياً عن الكفارة لم يجز، لأن العتق عند الشراء يثبت بالكلام السابق ولم تقارنه النية حتى لو قال إن اشتريت فلاناً فهو حر عن كفارة يميني أو ظهاري أو غير ذلك يجزيه لقران النية كلام الإعتاق.

ولو قال: إن اشتريت فلاناً فهو حر عن ظهاري، ثم قال: بعد ذلك ما اشتريته فهو حر عن كفارة قتلي ثم اشتراه فهو حر عن الظهار لأنه لما قال: إن اشتريته فهو حر عن كفارة قتلي فقد أراد فسخ الأول واليمين لا تحتمل الفسخ.

---

(١) أخرجه أحمد في «المسند» (٢/ ٢٣٠، ٣٧٦، ٤٤٥).
ومسلم في «الصحيح» كتاب العتق باب فضل عتق الوالد (١٥١٠).
وأبو داود في «السنن» كتاب الأدب باب في بر الوالدين (٥١٣٧).
والترمذي في «السنن» كتاب البر باب ما جاء في حق الوالدين (١٩٠٦).
والبيهقي في «السنن الكبرى» (١٠/ ٢٨٩).
وابن حبان في «صحيحه» كتاب البر والإحسان باب حق الوالدين (٤٢٤).

وكذلك لو قال: إن اشتريته فهو حر تطوعاً ثم قال: إن اشتريته فهو حر عن ظهاري ثم اشتراه كان تطوعاً لأنه بالأول علق عتقه تطوعاً بالشراء ثم أراد بالثاني فسخ الأول واليمين لا يلحقها الفسخ والله عز شأنه أعلم.

وأما الذي يخص البعض دون البعض، فأما كفارة اليمين فيبدأ بالإطعام ثم بالكسوة ثم بالتحرير لأن الله تعالى عز شأنه بدأ بالإطعام في كتابه الكريم، وقد قال النبي عليه الصلاة والسلام: «ابدؤا بما بدأ الله به»[1] فنقول لجواز الإطعام شرائط: بعضها يرجع إلى صفة الإطعام، وبعضها يرجع إلى مقدار ما يطعم، وبعضها يرجع إلى محل المصروف إليه الطعام.

أما الذي يرجع إلى صفة الإطعام فقد قال أصحابنا: إنه يجوز فيه التمليك وهو طعام الإباحة، وهو مروي عن سيدنا علي كرم الله وجهه وجماعة من التابعين مثل محمد بن كعب والقاسم وسالم والشعبي وإبراهيم وقتادة ومالك والثوري والأوزاعي رضي الله عنهم، وقال الحكم وسعيد بن جبير لا يجوز إلا التمليك، وبه أخذ الشافعي رحمه الله، فالحاصل أن التمليك ليس بشرط لجواز الإطعام عندنا بل الشرط هو التمكين وإنما يجوز التمليك من حيث هو تمكين لا من حيث هو تمليك، وعند الشافعي رحمه الله التمليك شرط الجواز لا يجوز بدونه.

وجه قوله: أن التكفير مفروض فلا بد وأن يكون معلوم القدر ليتمكن المكلف من الإتيان به لئلا يكون تكليف ما لا يحتمله الوسع وطعام الإباحة ليس له قدر معلوم؛ وكذا يختلف باختلاف حال المسكين من الصغر والكبر والجوع والشبع، يحققه أن المفروض هو المقدر إذ الفرض هو التقدير يقال فرض القاضي النفقة أي قدر، قال الله سبحانه وتعالى: ﴿فنصف ما فرضتم﴾ أي قدرتم، فطعام الإباحة ليس بمقدر؛ ولأن المباح له يأكل على ملك المبيح فيهلك المأكول على ملكه ولا كفارة بما يهلك في ملك المكفر، وبهذا شرط التمليك في الزكاة والعشر وصدقة الفطر.

ولنا: أن النص ورد بلفظ الإطعام، قال الله عز شأنه: ﴿**فكفارته إطعام عشرة مساكين**﴾ والإطعام في متعارف اللغة اسم للتمكين من المطعم لا التمليك قال الله عز شأنه: ﴿**ويطعمون الطعام على حبه مسكيناً ويتيماً وأسيراً**﴾ والمراد بالإطعام الإباحة لا التمليك.

وقال النبي عليه الصلاة والسلام: «**أفشوا السلامَ وأطعموا الطَّعامَ**»[2] والمراد منه الإطعام على وجه الإباحة وهو الأمر المتعارف بين الناس يقال: فلان يطعم الطعام أي يدعو الناس إلى طعامه.

---

(١) أخرجه مالك في «الموطأ» (١/ ٢٤٣) وأحمد في «المسند» (٣/ ٣٨٨).
والنسائي في «السنن» (٥/ ٢٣٩) كتاب مناسك الحج باب ذكر الصفا والمروة مختصراً.
وأخرجه مطولاً أحمد في «المسند» (٣/ ٣٢٠)، ومسلم في «الصحيح» كتاب الحج باب حجة النبي ﷺ (١٢١٨).
وأبو داود في «السنن» كتاب المناسك باب، صفة حجة النبي ﷺ (١٥٧٠).

(٢) أخرجه أحمد في «المسند» (٢/ ٢٩٥، ٣٢٣، ٤٩٣).
والحاكم في «المستدرك» (٤/ ١٢٩، ١٦٠) وصححه ووافقه الذهبي.

والدليل عليه قوله سبحانه وتعالى: ﴿مِنْ أَوسطِ مَا تُطْعِمُونَ أَهليكم﴾[١] وإنما يطعمون على سبيل الإباحة دون التمليك بل لا يخطر ببال أحد في ذلك التمليك فدل أن الإطعام هو التمكين من التطعم إلا أنه إذا ملك جاز لأن تحت التمليك تمكيناً، لأنه إذا ملكه فقد مكنه من التطعم والأكل فيجوز من حيث هو تمكين وكذا إشارة النص دليل على ما قلنا لأنه قال إطعام عشرة مساكين والمسكنة هي الحاجة واختصاص المسكين للحاجة إلى أكل الطعام دون تملكه تعم المسكين وغيره فكان في إضافة الإطعام إلى المساكين إشارة إلى أن الإطعام هو الفعل الذي يصير المسكين به متمكناً من التطعم لا التملك بخلاف الزكاة وصدقة الفطر والعشر أنه لا يجوز فيه طعام الإباحة، لأن الشرع هناك لم يرد بلفظ الإطعام وإنما ورد بلفظ الإيتاء والأداء، قال الله تعالى في الزكاة: ﴿وآتوا الزكاة﴾[٢] وقال تعالى في العشر: ﴿وآتوا حقه يوم حصاده﴾[٣].

وقال النبي ﷺ في صدقة الفطر: «أَدّوا عَنْ كُلِّ حُرٍّ وَعَبْدٍ» الحديث والإيتاء والأداء يشعران بالتمليك على أن المراد من الإطعام المذكور في النص إن كان هو التمليك كان النص معلولاً بدفع حاجة المسكين، وهذا يقتضي جواز التمكين على طريق الإباحة بل أولى من وجهين.

أحدهما: أنه أقرب إلى دفع الجوع وسد المسكنة من التمليك لأنه لا يحصل معنى الدفع والسد بتمليك الحنطة إلا بعد طول المدة وإلا بعد تحمل مؤن فكان الإطعام على طريق الإباحة أقرب إلى حصول المقصود من التمليك فكان أحق بالجواز.

والثاني: أن الكفارة جعلت مكفرة للسيئة بما أعطى نفسه من الشهوة التي لم يؤذن له فيها حيث لم يف بالعهد الذي عهد مع الله تعالى عز شأنه فخرج فعله مخرج ناقض العهد ومخلف الوعد فجعلت كفارته بما تنفر عنه الطباع وتتألم ويثقل عليها ليذوق ألم إخراج ماله المحبوب عن ملكه فيكفر ما أعطى نفسه من الشهوة لأنه من وجه أذن له فيها ومعنى تألم الطبع فيما قلنا أكثر لأن دعاء المساكين وجمعهم على الطعام وخدمتهم والقيام بين أيديهم أشد على الطبع من التصدق عليهم لما جبل طبع الأغنياء على النفرة من الفقراء، ومن الاختلاط معهم والتواضع لهم فكان هذا أقرب إلى تحقيق معنى التكفير فكان تجويز التمليك تكفيراً تجويزاً لطعام الإباحة تكفيراً من طريق الأولى.

وأما قوله: إن الكفارة مفروضة فلا بد وأن تكون معلومة القدر فنقول: هي مقدرة بالكفارة لأن الله عز شأنه فرض هذا الإطعام وعرف المفروض بإطعام الأهل بقوله عز شأنه: ﴿من أوسط ما تطعمون أهليكم﴾[٤] فلا بد وأن يكون الأهل معلوماً، والمعلوم من طعام الأهل هو طعام الإباحة دون التمليك فدل على أن طعام الإباحة معلوم القدر وقدره الكفارة بطعام الأهل فجاز أن يكون مفروضاً كطعام الأهل فيمكنه الخروج عن عهدة الفرض.

---

(١) سورة المائدة، الآية: (٨٩).
(٢) سورة المجادلة، الآية: (١٣).
(٣) سورة الأنعام، الآية: (١٤١).
(٤) سورة المائدة، الآية: (٨٩).

وأما قوله: إن الطعام يهلك على ملك المكفر فلا يقع عن التكفير فممنوع بل كما صار مأكولاً فقد زال ملكه عنه إلا أنه يزول لا إلى أحد وهذا يكفي لصيرورته كفارة كالإعتاق.

وأما الذي يرجع إلى مقدار ما يطعم فالمقدار في التمليك هو نصف صاع من حنطة أو صاع من شعير أو صاع من تمر كذا روي عن سيدنا عمر وسيدنا علي وسيدتنا عائشة رضي الله تعالى عنهم.

وذكر في «الأصل» بلغنا عن سيدنا عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قال ليرفأ مولاه: إني أحلف على قوم لا أعطيهم ثم يبدو لي فأعطيهم فإذ أنا فعلت ذلك فأطعم عشرة مساكين كل مسكين نصف صاع من حنطة أو صاعاً من تمر وبلغنا عن سيدنا علي رضي الله عنه أنه قال في كفارة اليمين إطعام عشرة مساكين نصف صاع من حنطة، وبه قال جماعة من التابعين سعيد بن المسيب وسعيد بن جبير وإبراهيم ومجاهد والحسن وهو قول أصحابنا رضي الله عنهم.

وروي عن ابن عباس رضي الله عنهما وابن سيدنا عمر وزيد بن ثابت رضي الله عنهم، ومن التابعين عطاء وغيره لكل مسكين مد من حنطة، وبه أخذ مالك والشافعي رحمهما الله، والترجيح لقول سيدنا عمر، وسيدنا علي، وسيدتنا عائشة رضوان الله عليهم لقوله تعالى عز اسمه: ﴿**من أوسط ما تطعمون أهليكم**﴾ والمد ليس من الأوسط بل أوسط طعام الأهل يزيد على المد في الغالب، ولأن هذه صدقة مقدرة بقوت مسكين ليوم فلا تنقص عن نصف صاع كصدقة الفطر والأذى فإن أعطى عشرة مساكين كل مسكين مداً من حنطة فعليه أن يعيد عليهم مداً مداً فإن لم يقدر عليهم استقبل الطعام لأن المقدار أن لكل مسكين في التمليك مداً فلا يجوز أقل من ذلك ويجوز في التمليك الدقيق والسويق؛ ويعتبر فيه تمام الكيل ولا يعتبر فيه القيمة كالحنطة لأنه حنطة إلا أنه فرقت أجزاؤها بالطحن وهذا التفريق تقريب إلى المقصود منها فلا تعتبر فيه القيمة ويعتبر في تمليك المنصوص عليه تمام الكيل ولا يقوم البعض مقام بعض باعتبار القيمة إذا كان أقل من كيله حتى لو أعطى نصف صاع من تمر تبلغ قيمته قيمة نصف صاع من حنطة لا يجوز، لأنه منصوص عليه فيقع عن نفسه لا عن غيره، فأما الأرز والذرة والجاورس فلا يقوم مقام الحنطة والشعير في الكيل لأنه غير منصوص عليه وإنما جوازه باعتبار القيمة فتعتبر قيمته كالدراهم والدنانير، وهذا عند أصحابنا رحمهم الله.

وعند الشافعي رحمه الله: لا يجوز إلا إذا عين المنصوص عليه ولا يجوز دفع القيم والأبدال كما في الزكاة وعندنا: يجوز.

وجه قوله: أن الله تعالى أمر بالإطعام بقوله جل شأنه: ﴿**فكفارته إطعام عشرة مساكين**﴾[1] فالقول بجواز أداء القيمة يكون تغييراً لحكم النص وهذا لا يجوز.

ولنا: ما ذكرنا أن إطعام المسكين اسم لفعل يتمكن المسكين به من التطعم في متعارف اللغة لما ذكرنا فيما تقدم، وهذا تحصيل بتمليك القيمة فكان تمليك القيمة من الفقير إطعاماً له فيتناول النص وجواز التمليك من حيث هو تمكين لا من حيث هو تمليك على ما مر أن الإطعام إن كان اسماً للتمليك فجوازه معلول بدفع

(١) سورة المائدة، الآية: (٨٩).

الحاجة وهو المسألة عرفنا ذلك بإشارة النص وضرب من الاستنباط على ما بينا والقيمة في دفع الحاجة مثل الطعام فورود الشرع بجواز الطعام يكون وروداً بجواز القيمة بل أولى، لأن تمليك الثمن أقرب إلى قضاء حاجة المسكين من تمليك عين الطعام، لأن به يتوصل إلى ما يختاره من الغذاء الذي اعتاد الاغتذاء به فكان أقرب إلى قضاء حاجته فكان أولى بالجواز، ولما ذكرنا أن التكفير بالإطعام يحمل مكروه الطبع بإزاء ما نال من الشهوة وذلك المعنى يحصل بدفع القيمة؛ ولأن الكفارة جعلت حقاً للمسكين فمتى أخرج من عليه الطعام إلى المستحق بدله وقبله المستحق عن طوع فقد استبدل حقه به فيجب القول بجواز هذا الاستبدال بمنزلة التناول في سائر الحقوق.

وأما المقدار في طعام الإباحة فأكلتان مشبعتان غداء وعشاء، وهذا قول عامة العلماء: وعن ابن سيرين وجابر بن زيد ومكحول وطاوس والشعبي أنه يطعمهم أكلة واحدة، وقال الحسن: وجبة واحدة.

والصحيح قول العامة لأن الله عز وجل عرف هذا الإطعام بإطعام الأهل بقوله تعالى: ﴿مِنْ أَوسط ما تطعمون أهليكم﴾[1] وذلك أكلتان مشبعتان غداء وعشاء كذا هذا، ولأن الله جل شأنه ذكر الأوسط والأوسط ماله حاشيتان متساويتان وأقل عدد له حاشيتان متساويتان ثلاثة وذلك يحتمل أنواعاً ثلاثة:

أحدها: الوسط في صفات المأكول من الجودة والرداءة.

والثاني: الوسط من حيث المقدار من السرف والقتر.

والثالث: الوسط من حيث أحوال الأكل من مرة ومرتين وثلاث مرات في يوم واحد ولم يثبت بدليل عقلي ولا بسمعي تعيين بعض هذه الأنواع فيحمل على الوسط من الكل احتياطاً ليخرج عن عهدة الفرض بيقين وهو أكلتان في يوم بين الجيد والرديء والسرف والقتر، ولأن أقل الأكل في يوم مرة واحدة وهو المسمى بالوجبة وهو في وقت الزوال إلى زوال يوم الثاني منه والأكثر ثلاث مرات غداء وعشاء وفي نصف اليوم والوسط مرتان غداء وعشاء وهو الأكل المعتاد في الدنيا وفي الآخرة أيضاً قال الله سبحانه وتعالى في أهل الجنة: ﴿ولهم رزقهم فيهابكرة وعشياً﴾[2] فيحمل مطلق الإطعام على المتعارف.

وكذلك إذا غداهم وسحرهم أو عشاهم وسحرهم أو غداهم غداءين أو عشاهم عشاءين أو سحرهم سحورين لأنهما أكلتان مقصودتان فإذا غداهم في يومين أو عشاهم في يومين كان كأكلتين في يوم واحد معنى إلا أن الشرط أن يكون ذلك في عدد واحد حتى لو غدى عدداً وعشى عدداً آخر لم يجزه لأنه لم يوجد في حق كل مسكين أكلتان. ولهذا لم يجز مثله في التمليك بأن فرق حصة مسكين على مسكينين فكذا في التمكين، وسواء كان الطعام مأدوماً أو غير مأدم حتى لو غداهم وعشاهم خبزاً بلا إدام أجزأه لقول الله تبارك وتعالى: ﴿فكفارته إطعام عشرة مساكين﴾[3] مطلقاً من غير فصل بين المأدوم وغيره وقد أطعم، ولأن الله عز شأنه عرف الإطعام على وجه الإباحة بإطعام الأهل وذلك قد يكون مأدوماً وقد يكون غير مأدوم فكذا هذا.

وكذلك لو أطعم خبزاً لشعير أو سويقاً أو تمراً أجزأه لأن ذلك قد يؤكل وحده في طعام الأهل، وروى

---

(١) سورة المائدة، الآية: (٨٩).
(٢) سورة مريم، الآية: (٦٢).
(٣) سورة المائدة، الآية: (٨٩).

ابن سماعة عن أبي يوسف أنه قال: إذا أطعم مسكيناً واحداً غداء وعشاء أجزأه من إطعام مساكين وإن لم يأكل إلا رغيفاً واحداً لأن المعتبر هو الكفاية والكفاية قد تحصل برغيف واحد فلا يعتبر القلة والكثرة فإن ملكه الخبز بأن أعطاه أربعة أرغفة، فإن كان يعدل ذلك قيمة نصف صاع من حنطة أجزأه وإن لم يعدل لم يجزه لأن الخبز غير منصوص عليه فكان جوازه باعتبار القيمة.

وقال أبو يوسف رحمه الله: لو غدى عشرة مساكين في يوم ثم أعطاهم مداً مداً أجزأه لأنه جمع بين التمليك والتمكين وكل واحد منهما جائز حال الانفراد كذا حال الاجتماع، ولأن الغداء مقدر بنصف كفاية المسكين والمد مقدر بنصف كفايته فقد حصلت له كفاية يوم فيجوز، فإن أعطى غيرهم مداً مداً لم يجز لأنه فرق طعام العشرة على عشرين فلم يحصل لكل واحد منهم مقدار كفايته، ولو غداهم وأعطى قيمة العشاء فلوساً أو دراهم أجزأه عندنا خلافاً للشافعي رحمه الله لأن القيمة في الكفارة تقوم مقام المنصوص عليه عندنا وعنده لا تقوم.

وأما الذي يرجع إلى المحل المنصرف إليه الطعام؛

فمنها: أن يكون فقيراً فلا يجوز إطعام الغني عن الكفارة تمليكاً وإباحة لأن الله تبارك وتعالى أمر بإطعام عشرة مساكين بقوله سبحانه: ﴿**فكفارته إطعام عشرة مساكين**﴾[1] ولو كان له مال وعليه دين له مطالب من جهة العباد يجوز إطعامه لأنه فقير بدليل أنه يجوز إعطاء الزكاة إياه فالكفارة أولى، ومنها أن يكون ممن يستوفي الطعام وهذا في إطعام الإباحة حتى لو غدى عشرة مساكين وعشاهم وفيهم صبي أو فوق ذلك لم يجز وعليه إطعام مسكين واحد لقوله جل جلاله: ﴿**من أوسط ما تطعمون أهليكم**﴾[2] وذلك ليس من أوسط ما يطعم حتى لو كان مراهقاً جاز لأن المراهق يستوفي الطعام فيحصل الإطعام من أوسط ما يطعم.

ومنها: أن لا يكون مملوكه لأن الصرف إليه صرف إلى نفسه فلم يجز، ومنها أن لا يكون من الوالدين والمولودين فلا يجوز إطعامهم تمليكاً وإباحة، لأن المنافع بينهم متصلة فكان الصرف إليهم صرفاً إلى نفسه من وجه، ولهذا لم يجز صرف الزكاة إليهم ولا تقبل شهادة البعض للبعض، ولما ذكرنا أن الواجب بحق التكفير لما اقترف من الذنب بما أعطى نفسه مناها وأوصلها إلى هواها بغير إذن من الآذن وهو الله سبحانه جلت عظمته ففرض عليهم الخروج عن المعصية بما تتألم النفس وينفر عنه الطبع ليذيق نفسه المرارة بمقابلة إعطائها من الشهوة وهذا المعنى لا يحصل بإطعام هؤلاء لأن النفس لا تتألم به بل تميل إليه لما جعل الله سبحانه بحيث لا تحتمل نزول البلاء والشدة بهم وبحيث يجتهد كل في دفع الحاجة عنهم مثل الدفع عن نفسه.

ولو أطعم أخاه أو أخته وهو فقير جاز، لأن هذا المعنى لا يوجد في الأخ والأخت فدخل تحت عموم قوله تعالى: ﴿**فكفارته إطعام عشرة مساكين**﴾[3]، ولو أطعم ولده أو غنياً على ظن أنه أجنبي أو فقير ثم تبين

---

(١) سورة المائدة، الآية: (٨٩).
(٢) سورة المائدة، الآية: (٨٩).
(٣) سورة المائدة، الآية: (٨٩).

إجزاءه في قول أبي حنيفة ومحمد، وعند أبي يوسف لا يجوز، وهو على الاختلاف الذي ذكرنا وقد مر الكلام فيه.

ومنها: أن لا يكون هاشمياً، لأن الله تبارك وتعالى كره لهم غسالة أيدي الناس وعوضهم بخمس الخمس من الغنيمة، ولو دفع إليه على ظن أنه ليس بهاشمي ثم ظهر أنه هاشمي فهو على الاختلاف.

ومنها: أن لا يكون زوجاً أو زوجة له لأن ما شرع له الكفارة هو تألم الطبع ونفاره بالبذل والإخراج لا يوجد بين الزوجين لما يوجد البذل بينهما شهوة وطبيعة ويكون التناكح لمثله في العرف والشرع على ما روي تنكح المرأة لمالها وجمالها وعلى ما وضع النكاح للمودة والمحبة ولا يتحقق ذلك إلا بالبذل ودفع الشح، ولهذا لا تقبل شهادة أحدهما للآخر لأن أحدهما ينتفع بمال صاحبه فتتمكن التهمة في الشهادة.

ومنها: أن لا يكون حربياً وإن كان مستأمناً لأن الله تعالى عز شأنه نهانا عن البر بهم والإحسان إليهم بقوله تعالى: ﴿**إنما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم في الدين وأخرجوكم من دياركم**﴾[1]، ولأن في الدفع إلى الحربي إعانة له على الحراب مع المسلمين، وقد قال الله سبحانه وتعالى: ﴿**ولا تعاونوا على الإثم والعدوان**﴾[2] ويجوز إعطاء فقراء أهل الذمة من الكفارات والنذور وغير ذلك إلا الزكاة في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، وقال أبو يوسف رحمه الله: لا يجوز إلا النذور والتطوع ودم المتعة.

وجه قوله: إن هذه صدقة وجبت بإيجاب الله عز شأنه فلا يجوز صرفها إلى الكافر كالزكاة بخلاف النذر؛ لأنه وجب بإيجاب العبد والتطوع ليس بواجب أصلاً والتصدق بلحم المتعة غير واجب، لأن معنى القربة في الإراقة.

ولهما: عموم قوله تعالى: ﴿**فكفارته إطعام عشرة مساكين**﴾[3] من غير فصل بين المؤمن والكافر إلا أنه خص منه الحربي بما تلونا فبقي الذمي على عموم النص فكان ينبغي أن يجوز صرف الزكاة إليه إلا أن الزكاة خصت بقول النبي ﷺ لمعاذ حين بعثه إلى اليمن خذها من أغنيائهم وردها في فقرائهم. أمر عليه السلام برد الزكاة إلى من أمر بالأخذ من أغنيائهم والمؤخوذ منه المسلمون فكذا المردود عليهم.

وروي عن النبي عليه الصلاة والسلام قال: «**أمرت أن آخذ الصدقة من أغنيائهم وأردها في فقرائهم**».

ووجه الاستدلال ما ذكرنا، ولأن الكفارة وجبت لدفع المسكنة والمسكنة موجودة في الكفرة فيجوز صرف الصدقة إليهم كما يجوز صرفها إلى المسلم بل أولى لأن التصدق عليهم بعض ما يرغبهم إلى الإسلام ويحملهم عليه، ولما ذكرنا أن الكفارات وجبت بما اختار من إعطاء النفس شهوتها فيما لا يحل له فتكون كفارتها بكف النفس عن شهوتها فيما يحل له وبذل ما كان في طبعه منعه، وهذا المعنى يحصل بالصرف إلى الكافر بخلاف الزكاة لأنها ما وجبت بحق التكفير بل بحق الشكر.

ألا ترى أنها تجب بلا كسب من جهة العبد وحق الشكر الإنفاق في طاعة المنعم والمصرف إلى المؤمن

---

(١) سورة الممتحنة، الآية: (٩).

(٢) سورة المائدة، الآية: (٢).

(٣) سورة المائدة، الآية: (٨٩).

إنفاق على من يصرفه إلى طاعة الله جل شأنه فيخرج مخرج المعونة على الطاعة فيحصل معنى الشكر على الكمال والكافر لا يصرفه إلى طاعة الله عز شأنه فلا يتحقق معنى الشكر على التمام، فأما الكفارات فما عرف وجوبها شكراً بل تكفيراً لإعطاء النفس شهوتها بإخراج ما في شهوتها المنع؛ وهذا المعنى في الصرف إلى الكافر موجود على الكمال والتمام لذلك افترقا وهل يشترط عدد المساكين صورة في الإطعام تمليكاً وإباحة.

قال أصحابنا: ليس بشرط، وقال الشافعي رحمه الله: شرط حتى لو دفع طعام عشرة مساكين وذلك خمسة أصوع إلى مسكين واحد في عشرة أيام كل يوم نصف صاع أو غدى مسكيناً واحداً أو عشاه عشرة أيام أجزأ عندنا وعنده لا يجزيه إلا عن واحد.

واحتج بظاهر قوله جل شأنه: ﴿فكفارته إطعام عشرة مساكين﴾[1]، نص على عدد العشرة فلا يجوز الاقتصار على ما دونه كسائر الأعداد المذكورة في القرآن العظيم كقوله عز شأنه: ﴿فاجلدوهم ثمانين جلدة﴾ وقوله جل شأنه: ﴿يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشراً﴾[2] ونحو ذلك.

والدليل عليه أنه لو دفع طعام عشرة مساكين إلى مسكين واحد دفعة واحدة في يوم واحد لا يجوز.

ولنا: أن في النص إطعام عشرة مساكين وإطعام عشرة مساكين قد يكون بأن يطعم عشرة مساكين وقد يكون بأن يكفي عشرة مساكين سواء أطعم عشرة مساكين أو لا فإذا أطعم مسكيناً واحداً عشرة أيام قدر ما يكفي عشرة مساكين فقد وجد إطعام عشرة مساكين فخرج عن العهدة على أن معنى إطعام مساكين إن كان هو بأن يطعم عشرة مساكين لكن إطعام عشرة مساكين على هذا التفسير قد يكون صورة ومعنى بأن يطعم عشرة من المساكين عدداً في يوم واحد أو في عشرة أيام وقد يكون معنى لا صورة وهو أن يطعم مسكيناً واحداً في عشرة أيام، لأن الإطعام لدفع الجوعة وسد المسكنة وله كل يوم جوعة ومسكنة على حدة لأن الجوع يتجدد والمسكنة تحدث في كل يوم ودفع عشر جوعات عن مسكين واحد في عشرة أيام في معنى دفع عشر جوعات عن عشرة مساكين في يوم واحد أو في عشرة أيام فكان هذا إطعام عشرة مساكين معنى فيجوز.

ونظير هذا ما روي في الاستنجاء بثلاثة أحجار، ثم لو استنجى بالمدر أو بحجر له ثلاثة أحرف جاز لحصول المقصود منه وهو التطهير كذا هذا، ولأن ما وجبت له هذه الكفارة يقتضي سقوط اعتبار عدد المساكين وهو ما ذكرنا من إذاقة النفس مرارة الدفع وإزالة الملك لابتغاء وجه الله سبحانه وتعالى لتكفير ما أتبعها هواها وأوصلها إلى مناها كما خالف الله عز وجل في فعله بترك الوفاء بعهد الله سبحانه وتعالى؛ وهذا المعنى في بذل هذا القدر من المال تمليكاً وإباحة لا في مراعاة عدد المساكين صورة بخلاف ذكر العدد في باب الحد والعدة لأن اشتراط العدد هناك ثبت نصاً غير معقول المعنى فلا يحتمل التعدية وههنا معقول على ما بينا.

وبخلاف الشهادات حيث لا تجوز إقامة الواحد [illegible] في يومين أو في دفعتين مقام شهادة شاه

(١) سورة المائدة، الآية: (٨٩).

(٢) سورة البقرة، الآية: (٢٣٤).

هناك المعنى الذي يحصل بالعدد لا يحصل بالواحد وهو انتفاء التهمة ومنفعة التصديق ونفاذ القول على ما نذكره في كتاب الشهادات إن شاء الله تعالى.

وههنا معنى التكفير ودفع الحاجة وسد المسكنة لا يختلف لما بينا.

وأما إذا دفع طعام عشرة مساكين إلى مسكين واحد في يوم واحد دفعة واحدة أو دفعات فلا رواية فيه، واختلف مشايخنا: قال بعضهم: يجوز، وقال عامة مشايخنا: لا يجوز إلا عن واحد، لأن ظاهر النص يقتضي الجواز على الوجه الذي بينا إلا أنه مخصوص في حق يوم واحد لدليل كما صار مخصوصاً في حق بعض المساكين من الوالدين والمولودين ونحوهم، فيجب العمل به فيما وراء المخصوص، ولما ذكرنا أن الأصل في الطعام هو طعام الإباحة إذ هو المتعارف في اللغة وهو التغدية والتعشية لدفع الجوع وإزالة المسكنة، وفي الحاصل دفع عشر جوعات، وهذا في واحد في حق مسكين واحد لا يكون فلا بد من تفريق الدفع على الأيام.

ويجوز أن يختلف حكم التفريق المجتمع كما في رمي الجمار أنه إذا رمى بالحصا متفرقاً جاز، ولو رمى مجتمعاً دفعة واحدة لا يجوز إلا عن واحدة، ووجد في مسألتنا فجاز.

وكذلك لو غدى رجلاً واحداً عشرين يوماً أو عشى رجلاً واحداً في رمضان عشرين يوماً أجزأه عندنا لما ذكرنا، وعند الشافعي لا يجوز لأن عدد المساكين عنده شرط ولم يوجد والله سبحانه وتعالى أعلم.

وأما الكسوة فالكلام فيها في ثلاثة مواضع: في بيان قدرها، وفي بيان صفتها، وفي بيان مصرفها.

أما الأول: فأدنى الكسوة ثوب واحد جامع لكل مسكين، قميص أو رداء أو كساء أو ملحفة أو جبة أو قباء أو إزار كبير وهو الذي يستر البدن، لأن الله تعالى ذكر الكسوة ولم يذكر فيه التقدير، فكلما يسمى لابسه مكتسياً يجزي ومالا فلا، ولابس ما ذكرنا يسمى مكتسياً فيجزي عن الكفارة، ولا تجزي القلنسوة والخفان والنعلان، لأن لابسهما لا يسمى مكتسياً إذا لم يكن عليه ثوب ولا هي تسمى كسوة في العرف.

وأما السراويل والعمامة فقد اختلفت الروايات فيها، روىٰ الحسن بن زياد عن أبي حنيفة رحمهم الله أنه إذا أعطى مسكيناً قباء أو كساء أو سراويل أو عمامة سابغة يجوز، وروي عن أبي يوسف أنه لا تجزى السراويل والعمامة، وهو رواية عن محمد في الإملاء.

وروى هشام رضي الله عنه أن السراويل تجزيه، وهذا لا يوجب اختلاف الرواية في العمامة لأن في رواية الحسن شرط في العمامة أن تكون سابغة فتحمل رواية عدم الجواز فيها على ما إذا لم تكن سابغة، وهي أن لا تكفي تقميص واحد.

وأما السراويل فوجه رواية الجواز تجوز فيه الصلاة فيجزي عن الكفارة كالقميص، ووجه رواية عدم الجواز وهي التي صححها القدوري رحمه الله أن لابس السراويل لا يسمى مكتسياً عرفاً وعادة بل يسمى عرياناً فلا يدخل تحت مطلق الكسوة.

وذكر الطحاوي: أنه إذا كسا امرأة فإنه يزيد فيه الخمار، وهذا اعتبار جواز الصلاة في الكسوة على ما

روي عن محمد لأن رأسها عورة لا تجوز صلاتها مع انكشافه، ولو أعطى كل مسكين نصف ثوب لم يجزه من الكسوة ولكنه يجزي من الطعام عندنا إذا كان يساوي نصف صاع من حنطة.

أما عدم جوازه من الكسوة فلأن الواجب هو الكسوة، ونصف ثوب لا يسمى كسوة لا يجوز أن تعتبر قيمته عن كسوة رديئة لأن الشيء لا يكون بدلاً عن نفسه.

وأما جوازه عن الطعام إذا بلغ قيمته نصف صاع فلأن القيمة تجوز بدلاً عن الكسوة عندنا كما تجوز بدلاً عن الطعام، والوجه فيه على نحو ما ذكرنا في الطعام، وهل تشترط نية البدلية. قال أبو يوسف: تشترط ولا تجزي الكسوة عن الطعام إلا بالنية، قال محمد: لا تشترط ونية التكفير كافية.

وجه قول محمد: أن الواجب عليه ليس إلا التكفير فيستدعي نية التكفير وقد وجدت فيجزيه كما لو أعطى المساكين دراهم بنية الكفارة وهي لا تبلغ قيمة الكسوة وتبلغ قيمة الطعام جازت عن الطعام، ولو كانت لا تبلغ قيمة الطعام وتبلغ قيمة الكسوة جازت عن الكسوة من غير نية البدلية، كذا هذا.

وجه قول أبي يوسف: أن المؤدىٰ يحتمل الجواز عن نفسه لأنه يمكن تكميله بضم الباقي إليه فلا يصير بدلاً إلا بجعله بدلاً وذلك بالنية بخلاف الدراهم، لأنه لا جواز لها عن نفسها لأنها غير منصوص عليها فكانت متعينة للبدلية فلا حاجة إلى التعيين.

وكذلك لو كسا كل مسكين قلنسوة أو خفين أو نعلين لم يجزه في الكسوة وأجزأه في الطعام إذا كان يساويه في القيمة عند أصحابنا لما قلنا، وكذا لو أعطى عشرة مساكين ثوباً واحداً بينهم كثير القيمة نصيب كل مسكين منهم أكثر من قيمة ثوب لم يجزه في الكسوة وأجزأه في الطعام لما ذكرنا أن الكسوة منصوص عليها فلا تكون بدلاً عن نفسها وتصلح بدلاً عن غيرها كما لو أعطى كل مسكين ربع صاع من حنطة وذلك يساوي صاعاً من تمر أنه لا يجزىء عن الطعام، وإن كان مد من حنطة يساوي ثوباً يجزي عن الكسوة، لأن الطعام يجوز أن يكون قيمة عن الثوب ولا يجوز أن يكون قيمة عن الطعام، لأن الطعام كله شيء واحد، لأن المقصود منه واحد فلا يجوز بعضه عن بعض بخلاف الطعام مع الكسوة لأنهما متغايران ذاتاً ومقصوداً، فجاز أن يقوم أحدهما مقام الآخر.

وكذا لو أعطى عشرة مساكين دابة أو عبداً وقيمته تبلغ عشرة أثواب جاز في الكسوة، وإن لم تبلغ قيمته عشرة أثواب وبلغت قيمة الطعام أجزأه عنه عندنا، لأن دفع البدل في باب الكفارة جائز عندنا.

قال أبو يوسف: لو أن رجلاً عليه كفارة يمين فأعطى عشرة مساكين: مسكيناً نصف صاع من حنطة، ومسكيناً صاعاً من شعير، ومسكيناً ثوباً وغدى مسكيناً وعشاه لم يجزه ذلك حتى يكمل عشرة من أحد النوعين، لأن الله تبارك وتعالى جعل الكفارة أحد الأنواع الثلاثة من الإطعام أو الكسوة أو التحرير بقوله تبارك وتعالى: ﴿**فكفارته إطعام عشرة مساكين**﴾[1]، إلى قوله تعالى: ﴿**أو كسوتهم**﴾ وأو تتناول أحدها فلا تجوز الجمع بينها لأنه يكون نوعاً رابعاً، وهذا لا يجوز لكنه إذا اختار الطعام جاز له أن يعطي مسكيناً حنطة

---

(١) سورة المائدة، الآية: (٨٩).

ومسكيناً شعيراً ومسكيناً تمراً، لأن اسم الطعام يتناول الكل.

ولو أعطى نصف صاع من تمر جيد يساوي نصف صاع من بر لم يجز إلا عن نفسه بقدره، لأن التمر منصوص عليه في الإطعام كالبر فلا يجزي أحدهما عن الآخر كما لا يجوز الثمن عن التمر، ويجزي التمر عن الكسوة، لأن المقصود من كل واحد منهما غير المقصود من الآخر، فجاز إخراج أحدهما عن الآخر بالقيمة والله سبحانه وتعالى أعلم.

وأما صفة الكسوة: فهي أنها لا تجوز إلا على سبيل التمليك بخلاف الإطعام عندنا لأن الكسوة لدفع حاجة الحر والبرد، وهذه الحاجة لا تندفع بتمليك لأنه لا ينقطع حقه إلا به، فأما الإطعام فلدفع حاجة الجوع وذلك يحصل بالطعم لأن حقه ينقطع به، ويجوز أداء القيمة عن الكسوة كما يجوز عن الطعام عندنا خلافاً للشافعي رحمه الله، ولو دفع كسوة عشرة مساكين إلى مسكين واحد في عشرة أيام جاز عندنا؛ وعن الشافعي لا يجوز إلا عن مسكين واحد كما في الإطعام.

ولو أطعم خمسة مساكين على وجه الإباحة وكسا خمسة مساكين؛ فإن أخرج ذلك على وجه المنصوص عليه لا يجوز لما ذكرنا أن الله تبارك وتعالى أوجب أحد شيئين فلا يجمع بينهما وإن أخرجه على وجه القيمة فإن كان الطعام أرخص من الكسوة أجزأه، وإن كانت الكسوة أرخص من الطعام لم يجزه، لأن الكسوة تمليك فجاز أن تكون بدلاً عن الطعام ثم إذا كانت قيمة الكسوة مثل قيمة الطعام فقد أخرج الطعام، وإن كانت أغلى فقد أخرج قيمة الطعام وزيادة فجاز وصار كما لو أطعم خمسة مساكين طعام الإباحة وأدى قيمة طعام خمسة مساكين طعام الإباحة وأداء قيمة طعام خمسة مساكين أو أكثر جائز عندنا كذا هذا.

وإذا كانت قيمة الكسوة أرخص من قيمة الطعام لا يكون الطعام بدلاً عنه لأن طعام الإباحة ليس بتمليك فلا يقوم مقام التمليك وهو الكسوة لأن الشيء لا يقوم مقام ما هو فوقه، ولو أعطى خمسة مساكين وكسا خمسة جاز وجعل أغلاهما ثمناً بدلاً عن أرخصهما ثمناً أيهما كان، لأن كل واحد منهما تمليك فجاز أن يكون أحدهما بدلاً عن الآخر.

وأما مصرف الكسوة: فمصرفها هو مصرف الطعام وقد ذكرناه.

وأما التحرير فلجوازه عن التكفير شرائط تختص به، فمنها ملك الرقبة حتى لو أعتق إنسان عبده عن كفارة الغير لا يجوز، وإن أجاز ذلك الغير لأن الإعتاق وقع عنه فلا توقف على غيره، وكذا لو قال لغيره أعتق عبدك عن كفارتي فأعتق لم يجز عن كفارته وعتق العبد.

ولو قال: أعتق عبدك على ألف درهم عن كفارة يميني فأعتقه أجزأه عند أصحابنا الثلاثة، لأن العتق يقع عن الآخر، وعند زفر رحمه الله لا يجزيه، لأن العتق عن المأمور.

ولو قال: أعتق عبدك عني عن كفارة يميني ولم يذكر البدل لم يجزه عن الكفارة في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، لأن العتق يقع عن الآمر والمسألة قد مرت في كتاب الولاء فرق بين هذا وبين الكسوة والإطعام أن هناك يجزيه عن الكفارة وإن لم يذكر البدل وعن الإعتاق لا يجوز عندهما.

ووجهه: أن التمليك بغير بدل هبة ولا جواز لها بدون القبض ولم يوجد القبض في الإعتاق ووجد في الإطعام والكسوة، لأن قبض الفقير يقوم مقام قبض المكفر.

ومنها: أن تكون الرقبة كاملة للمعتق وهو أن تكون كلها ملك المعتق، وإن شئت قلت ومنها حصول كمال العتق للرقبة بالإعتاق لأن التحرير المطلق مضافاً إلى الرقبة لا يتحقق بدونه.

وعلى هذا يخرج ما إذا أعتق عبدين بينه وبين رجل أنه لا يجزئه عن الكفارة لأن إعتاق عبدين بين رجلين يوجب تفريق العتق في شخصين فلا يحصل لكل واحد منهما عتق كامل لانعدام كمال الملك له في كل واحد منهما فالواجب عليه صرف عتق كامل إلى شخص واحد فإذا فرقه لا يجوز كما لو أعطى طعام مسكين واحد إلى مسكينين بخلاف شاتين بين رجلين ذكياهما عن نسكيهما أجزأهما. لأن الشركة في النسك جائزة إذا أصاب كل واحد منهما مقدار شاة بدليل أنه يجوز بدنة واحدة لسبعة فكان الشرط في باب النسك أن يكون مقدار شاة وقد وجد، وعلى هذا يخرج ما إذا أعتق عبداً بينه وبين غيره وهو موسر أو معسر أنه لا يجوز عن الكفارة عند أبي حنيفة رضي الله عنه لنقصان الملك والعتق، لأن العتق يتجزأ عنده، وعندهما إن كان موسراً يجوز وإن كان معسراً لا يجوز لأنه تجب السعاية على العبد إذا كان معسراً فيكون إعتاقاً بعوض، وإذا كان موسراً لا سعاية على العبد.

ومنها: أن تكون الرقبة كاملة الرق، لأن المأمور به تحرير رقبة مطلقاً والتحرير تخليص عن الرق فيتقضي كون الرقبة مرقوقة مطلقة ونقصان الرق فوات جزء منه فلا تكون الرقبة مرقوقة مطلقة فلا يكون تحريرها مطلقاً فلا يكون آتياً بالواجب.

وعلى هذا يخرج تحرير المدبر وأم الولد عن الكفارة أنه لا يجوز لنقصان رقهما لثبوت الحرية من وجه أو حق الحرية بالتدبير والاستيلاد حتى امتنع تمليكها بالبيع والهبة وغيرهما.

وأما تحرير المكاتب عن الكفارة فجائز استحساناً إذا كان لم يؤد شيئاً من بدل الكتابة، والقياس أن لا يجوز، وهو قول زفر والشافعي رحمهما الله ولو كان أدى شيئاً من بدل الكتابة لا يجوز تحريره عن الكفارة في ظاهر الرواية.

وروى الحسن عن أبي حنيفة رضي الله عنهما أنه يجوز، ولو عجز عن أداء بدل الكتابة ثم أعتقه جاز بلا خلاف، سواء كان أدى شيئاً من بدل الكتابة أو لم يؤد.

وجه القياس: أن الإعتاق إزالة الملك وملك المولى من المكاتب زائل إذ الملك عبارة عن القدرة الشرعية على التصرفات الحسية والشرعية من الاستخدام والاستفراش والبيع والهبة والإجارة ونحوها وهذه القدرة زائلة عن المولى في حق المكاتب فإنه لا يملك شيئاً من ذلك عليه والدليل أنه لو قال كل مملوك لي حر لا يدخل فيه المكاتب وكذا لو وطئت المكاتبة بشبهة كان العقر لها لا للمولى وإذا جني على المكاتب كان الإرش له لا للمولى فدل أن ملكه زائل فلا يجوز إعتاقه عن الكفارة، ولهذا تسلم له الأولاد والأكساب ولا يسلم ذلك بالإعتاق المبتدأ فدل أن العتق يثبت بجهة الكتابة.

ولنا: لبيان أن الملك ملك المولى النص ودلالة الإجماع والمعقول، أما النص فقول النبي ﷺ: «المُكَاتَبُ عَبْدٌ مَا بَقي عليهِ دِرْهَمٌ» والعبد المضاف إلى العباد اسم للمملوك من بني آدم في عرف اللغة والشرع، ولهذا لو قال كل عبد لي فهو حر دخل فيه المكاتب والله جل وعلا أعلم.

وأما دلالة الإجماع: فإنه لو أدى بدل الكتابة أو أبرأه المولى عن البدل يعتق ولا يعتق فيما لا يملكه ابن آدم على لسان رسول الله ﷺ.

وأما المعقول: فهو أن الملك كان ثابتاً له فيه قبل العقد العارض ليس إلا لفظ الكتابة وليس فيه ما ينبىء عن زوال الملك، لأن الكتابة تستعمل في الفرض والتقدير وفي الكتابة المعروفة وشيء من ذلك لا ينبىء عن زوال الملك فيبقى الملك على ما كان قبل العقد.

وأما قوله: إن الملك هو القدرة الشرعية على التصرفات الحسية والشرعية وهي غير ثابتة للمولى فممنوع أن الملك هو القدرة بل هو اختصاص المالك بالمملوك، فملك العين هو اختصاص المالك بالعين وكونه أحق بالعين من غيره ثم قد يظهر أثره في جواز التصرفات وقد لا يظهر مع قيامه في نفسه لقيام حق الغير في المحل حقاً محترماً كالمرهون والمستأجر، وإنما لا يدخل في إطلاق قوله كل مملوك لي فهو حر لا لخلل في الملك لأنه لا خلل فيه كما بينا بل لخلل في الإضافة لكونه حراً يداً فلم يدخل تحت مطلق الإضافة حتى لو نوى يدخل، وسلامة الأولاد والأكساب، ممنوعة في الفرع، والرواية فيما أدى بدل الكتابة أو أبرأه عنها، كذا قال أستاذ أستاذي الشيخ الإمام فخر الإسلام علي بن محمد البزدوي، ولئن سلمنا سلامة الأكساب والأولاد ولكن لم قلتم إن السلامة تثبت حكماً لثبوت العتق بجهة الكتابة السابقة بل تثبت حكماً لثبوت العتق بالإعتاق الموجود في حال الكتابة بدليل أنه يسقط عنه بدل الكتابة وبدل الكتابة لا يسقط بثبوت العتق بجهة الكتابة بل يتقرر به.

وأما إذا كان أدى بعض بدل الكتابة فأعتقه عن الكفارة فممنوع على رواية الحسن عن أبي حنيفة رضي الله عنه.

أما التخريج على ظاهر الرواية فظاهر أيضاً لأنه لما أدى بعض بدل الكتابة فقد حصل للمولى عوضاً عن بعض رقبته فيكون في معنى الإعتاق بعوض وذا لا يجزىء عن التكفير كذا هذا والله عز وجل أعلم.

وعلى هذا يخرج ما إذا أعتق نصف عبده عن كفارة ثم أعتق النصف الآخر عنها أنه يجزئه، أما على أصل أبي يوسف ومحمد رحمهما الله فظاهر، لأن إعتاق النصف إعتاق الكل، لأن العتق لا يتجزأ فلم يتطرق إلى الرق نقصان.

وأما على أصل أبي حنيفة رضي الله عنه فالعتق وإن كان متجزئاً وحصل بإعتاق النصف الأول لكن النقصان حصل مصروفاً إلى الكفارة في رق النصف الآخر لاستحقاقه حق الحرية بتخريجه إلى الإعتاق؛ لأنه حين ما أعتق النصف الأول كان النصف الآخر على ملكه فأمكن صرف النقصان إلى الكفارة فصار كأنه أعتق النصف وبعض النصف الكامل وهو ما انتقص منه ثم أعتق البقية في المرة الثانية بخلاف ما إذا أعتق نصف عبد بينه وبين آخر وهو موسر فضمنه صاحبه نصف قيمته ثم أعتق النصف الآخر أنه لا يجوز عند أبي حنيفة

رضي الله عنه، لأن إعتاق النصف الأول أوجب نقصاناً في النصف الباقي ولا يمكن أن يجعل كأنه صرف ذلك النقصان إلى الكفارة، لأنه لا ملك له في ذلك النصف فبطل قدر النقصان ولم يقع عن الكفارة ثم بعد أداء النصف الباقي صرفه إلى الكفارة وهو ناقص فيصير في الحقيقة معتقاً عن الكفارة عبداً إلا قدر النقصان.

وأما على أصلهما فيجوز في المسألتين، لأن العتق عندهما لا يتجزأ فكان إعتاق البعض إعتاق الكل دفعة واحدة فلا يتمكن نقصان الرق في الرقبة فيجوز ولو أعتق عبداً حلال الدم جاز، لأن حل الدم لا يوجب نقصاناً في الرق فكان كامل الرق وإنما وجب عليه حق فأشبه العبد المديون.

ومنها: أن تكون كاملة الذات وهو أن لا يكون جنس من أجناس منافع أعضائها فائتاً لأنه إذا كان كذلك كانت الذات هالكة من وجه فلا يكون الموجود تحرير رقبة مطلقة فلا يجوز عن الكفارة.

وعلى هذا يخرج ما إذا أعتق عبداً مقطوع اليدين أو الرجلين أو مقطوع يد واحدة ورجل واحدة من جانب واحد أو يابس الشق مفلوجاً أو مقعداً أو زمناً أو أشل اليدين أو مقطوع الإبهامين من اليدين أو مقطوع ثلاثة أصابع من كل يد سوى الإبهامين أو أعمى أو مفقود العينين أو معتوهاً مغلوباً أو أخرس أن لا يجوز عن الكفارة لفوات جنس من أجناس المنفعة وهي منفعة البطش بقطع اليدين وشللهما وقطع الإبهامين لأن قطع الإبهامين يذهب بقوة اليد فكان كقطع اليدين وقطع ثلاثة أصابع من كل يد لأن منفعة البطش تفوت به ومنفعة المشي بقطع الرجلين وبقطع يد ورجل من جانب والزمانة والفلج ومنعه النظر بالعمى وفقء العينين ومنفعة الكلام بالخرس ومنفعة العقل بالجنون.

ويجوز إعتاق الأعور ومفقود إحدى العينين والأعشى ومقطوع يد واحدة أو رجل واحدة ومقطوع يد ورجل من خلاف وأشل يد واحدة ومقطوع الأصبعين من كل يد سوى الإبهامين والعينين والخصي والمجبوب والخنثى والأمة والرتقاء والقرناء وما يمنع من الجماع لأن منفعة الجنس في هذه الأعضاء قائمة، ويجوز مقطوع الأذنين، لأن منفعة السمع قائمة وإنما الأذن الشاخصة للزينة، وكذا مقطوع الأنف أن الفائت هو الجمال.

وأما منفعة الشم فقائمة، وكذا إذا هب شعر الرأس واللحية والحاجبين، لأن الشعر للزينة، وكذا مقطوع الشفتين إذا كان يقدر على الأكل، لأن منفعة الجنس قائمة وإنما عدمت الزينة ولا يجزىء ساقط الأسنان لأنه لا يقدر على الأكل ففاتت منفعة الجنس.

وأما الأصم فالقياس أن لا يجوز لفوات جنس المنفعة وهي منفعة السمع فأشبه الأعمى ويجوز استحساناً، لأن أصل المنفعة لا يفوت بالصمم وإنما ينقص لأن ما من أصم إلا ويسمع إذا بولغ في الصياح إلا إذا كان أخرس كذا قيل فلا يفوت بالصمم أصل المنفعة بل ينتقص ونقصان منفعة الجنس لا يمنع جواز التكفير، وقيل هذا إذا كان في إذنه وقر، فأما إذا كان بحال لو جهر بالصوت في أذنه لا يسمع لا يجوز.

ولو أعتق جنيناً لم يجزه عن الكفارة وإن كان ولد بعد يوم جنايته، لأن المأمور به تحريرُ رقبةٍ والجنين لا يسمى رقبة ولأنه لا يبصر فأشبه الأعمى.

ومنها: أن يكون الإعتاق بغير عوض فإن كان بعوض لا يجوز لأن الكفارة عبارة عما يكون شاقاً على

البدن فإذا قابله عوض لا يشق عليه إخراجه عن ملكه ولما ذكرنا أن كفارة اليمين إنما تجب لإذاقة النفس مرارة زوال الملك بمقابلة ما استوفت من الشهوات في غير حلها وهذا المعنى لا يحصل إذا كان بعوض لأن الزائل إلى عوض قائم معنى فلا يتحقق ما وضعت له هذه الكفارة.

وعلى هذا يخرج ما إذا أعتق عبده على مال عن كفارته أنه لا يجوز، وإن أبرأه بعد ذلك عن العوض لا يجوز أيضاً لأنه وقع لا عن جهة التكفير ومضى على وجه فلا ينقلب كفارة بعد ذلك كما لو أعتق بغير نية الكفارة ثم نوى بعد العتق، ولو كان العبد بين رجلين أعتقه أحدهما وهو معسر عن كفارته لا يجزيه لأن للشريك أن يستسعي العبد في نفسه بالاتفاق فيصير في معنى الإعتاق بعوض ولو كان في رقبة العبد دين فأعتقه المولى عن كفارته فاختار الغرماء استسعاء العبد أجزأه عن الكفارة، لأن السعاية ليست بعوض عن الرق وإنما هي لدين لزم العبد قبل الحرية فيسعى وهو حر فلا يمنع جواز الإعتاق عن الكفارة.

وكذا لو أعتق عبداً رهناً فسعى العبد في الدين فإنه يرجع على المولى ويجوز عن الكفارة لأن السعاية ليست بدل الرق لأنها ما وجبت للتخريج إلى الإعتاق لحصول العتق بالإعتاق السابق وإنما هي لدين لزمه عن المولى، وإن كان موسراً لا يجوز عند أبي حنيفة رضي الله عنه لنقصان الملك والرق أيضاً على ما بينا.

ألا ترى أنه لا يعتق إلا نصفه عنده لتجزي العتق عنده وعندهما لا يجوز، لأن العتق لا يتجزأ عندهما فيتكامل ولا ينكامل الملك فيتملك نصيب الشريك بمقتضى الإعتاق ويسار المعتق يمنع استسعاء العبد عندهما فعري الإعتاق عن العوض فجاز.

ولو أعتق عبداً في مرض موته عن الكفارة وليس له مال غيره لم يجزه عن الكفارة، لأنه يعتق ثلثه ويسعى في ثلثيه فيصير بعضه ببدل وبعضه بغير بدل فلم يجز والله سبحانه وتعالى أعلم.

ومنها: الحنث في كفارة اليمين فلا يجوز تكفير اليمين قبل الحنث، وهو قول الشافعي رحمه الله في التكفير بالصوم.

وأما التكفير بالمال فجائز عنده والمسألة مرت في كتاب الأيمان.

وأما الموت فليس بشرط في كفارة القتل حتى يجوز التكفير فيها بعد الجرح قبل الموت وقد ذكرنا وجه الفرق بين الكفارتين في كتاب الأيمان، والله عز وجل الموفق، ويستوي في التحرير الرقبة الكبيرة والصغيرة والذكر والأنثى لإطلاق اسم الرقبة في النصوص.

فإن قيل: الصغير لا منافع لأعضائه فينبغي أن لا يجوز إعتاقه عن الكفارة كالذمي، وكذا لا يجزي إطعامه عن الكفارة فكذا إعتاقه فالجواب عن الأول أن أعضاء الصغير سليمة لكنها ضعيفة وهي بعرض أن تصير قوية فأشبه المريض، وهذا لأن سلامة الأعضاء إذا كانت ثابتة يشق عليه إخراجه عن ملكه أكثر مما يشق عليه إخراج فائت جنس المنفعة وذا جائز فهذا أولى.

وأما إطعامه عن الكفارة فجائز على طريق التمليك وإنما لا يجوز على سبيل الإباحة لأنه لا يأكل أكلاً معتاداً، ويستوي فيه الرقبة المؤمنة والكافرة وكذا في كفارة الظهار عندنا.

وأما في كفارة القتل فلا يجوز فيها إلا المؤمنة بالإجماع، وقال الشافعي رضي الله عنه لا يجوز في الكفارات كلها إلا المؤمنة.

والأصل فيه: أن النص الوارد في كفارة اليمين وكفارة الظهار مطلق عن قيد إيمان الرقبة، والنص الوارد في كفارة القتل مقيد بقيد الإيمان فحمل الشافعي رحمه الله المطلق على المقيد؛ ونحن أجرينا المطلق على إطلاقه والمقيد على تقييده.

وجه قوله: أن المطلق في معنى المجمل والمقيد في معنى المفسر والمجمل يحمل على المفسر ويصير النصان في معنى كنص المجمل والمفسر؛ ولهذا حمل المطلق على المقيد في باب الشهادة والزكاة وكفارة اليمين حتى شرطت العدالة لوجوب قبول الشهادة والإسامة لوجوب الزكاة وشرط التتابع في صوم كفارة اليمين كذا ههنا.

ولنا وجهان:

أحدهما: طريق مشايخنا بسمرقند وهو أن حمل المطلق على المقيد ضرب النصوص بعضها في بعض وجعل النصين كنص واحد مع إمكان العمل بكل واحد منهما، وهذا لا يجوز بخلاف المجمل لأنه غير ممكن العمل بظاهره.

والثاني: طريق مشايخ العراق وهو أن حمل المطلق على المقيد نسخ للإطلاق، لأن بعد ورود النص المقيد لا يجوز العمل بالمطلق بل ينسخ حكمه وليس النسخ إلا بيان منتهى مدة الحكم الأول ولا يجوز نسخ الكتاب بالقياس ولا بخبر الواحد.

وقوله: المطلق في معنى المجمل ممنوع، لأن المجمل لا يمكن العمل بظاهره والمطلق يمكن العمل بظاهره إذ هو اسم لما يتعرض للذات دون الصفات فيمكن العمل بإطلاقه من غير الحاجة إلى البيان فلا ضرورة إلى حمل المطلق على المقيد وفي الموضع الذي حمل إنما حمل لضرورة عدم الإمكان، وذلك عند اتحاد السبب والحكم لاستحالة ثبوت حكم واحد في زمان واحد مطلقاً ومقيداً فيخرج على البيان وعلى الناسخ وعلى الاختلاف المعروف بين مشايخنا أن تقييد المطلق بيان أو نسخ، وعند اختلاف السبب لا ضرورة فلا يحمل والله عز وجل أعلم.

وبه تبين أن شرط الإيمان في كفارة القتل ثبت نصاً غير معقول المعنى فيقتصر على مورد النص، ويمكن أن يقال إن تحرير رقبة موصوفة بصفة الإيمان في باب القتل ما وجب بطريق التكفير، لأن الكفارة كاسمها ستارة للذنوب والمؤاخذات في الآخرة والله سبحانه وتعالى وضع المؤاخذة في الخطأ بدعاء النبي عليه أشرف التحية: ربنا لا تؤاخذنا أن نسينا أو أخطأنا.

وقال النبي عليه السلام: «رُفِعَ عَنْ أمتي الخَطأ والنسيان وَمَا استكرهُوا عليهِ»[1] وإنما وجبت بطريق الشكر لسلامة نفسه في الدنيا عن القصاص وفي الآخرة عن العقاب، لأن حفظ النفس عن الوقوع في الخطأ

(١) تقدم تخريجه.

مقدور في الجملة بالجهد والجد والتكلف فجعل الله سبحانه وتعالى تحرير رقبة موصوفة بكونها مؤمنة شكراً لتلك النعمة والتحرير في اليمين والظهار يجب بطريق التكفير إذا لم يعرف ارتفاع المؤاخذة الثابتة ههنا فوجب التحرير فيهما تكفيراً فلا يستقيم القياس.

فإن قيل: إذا حنث في يمينه خطأ كان التحرير شكراً على ما قلتم فينبغي أن يقاس على القتل في إيجاب تحرير رقبة مؤمنة، فالجواب أنه لا يمكن القياس في هذه الصورة أيضاً لما ذكرنا أن تحرير المؤمن جعل شكراً لنعمة خاصة وهي سلامة الحياة في الدنيا مع ارتفاع المؤاخذة في الآخرة.

وفي باب اليمين النعمة هي ارتفاع المؤاخذة في الآخرة فحسب إذ ليس ثمة موجب دنيوي يسقط عنه فكانت النعمة في باب القتل فوق النعمة في باب اليمين وشكر النعمة يجب على قدر النعمة كالجزاء على قدر الجناية ولا يعلم مقدار الشكر إلا من علم مقدار النعمة وهو الله سبحانه وتعالى فلا تمكن المقايسة في هذه الصورة أيضاً والله سبحانه وتعالى أعلم.

وأما كفارة الظهار والإفطار والقتل، فأما التحرير فجميع ما ذكرنا أنه شرط جوازه في كفارة اليمين فهو شرط جوازه في كفارة الظهار والإفطار والقتل وما ليس بشرط لجواز التحرير في كفارة اليمين فليس بشرط لجوازه في تلك الكفارات إلا إيمان الرقبة خاصة فإنه شرط الجواز في كفارة القتل بالإجماع، وكذا كمال العتق قبل المسيس في كفارة الظهار، وهذا تفريع على مذهب أبي حنيفة رضي الله عنه خاصة حتى لو أعتق نصف عبده ثم وطىء ثم أعتق ما بقي فعليه أن يستقبل عتق الرقبة في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى، لأن العتق يتجزأ عند أبي حنيفة عليه الرحمة فلم يوجد تحرير كامل قبل المسيس فيلزمه الاستقبال.

وأما الصوم فقدر الصوم في كفارة اليمين ثلاثة أيام لقوله سبحانه وتعالى: ﴿**فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام**﴾ وكذا في كفارة الحلق لحديث كعب بن عجرة رضي الله عنه ذكرناه في كتاب الحج وفي القتل والظهار والإفطار صوم شهرين لورود النص به.

وأما شرط جواز هذه الصيامات فلجواز صيام الكفارة شرائط مخصوصة منها النية من الليل حتى لا يجوز بنية من النهار بالإجماع لأنه صوم غير عين فيستدعي وجوب النية من الليل لما ذكرنا في كتاب الصوم.

ومنها: التتابع في غير موضع الضرورة في صوم كفارة الظهار والإفطار والقتل بلا خلاف، لأن التتابع منصوص عليه في هذه الكفارات الثلاثة؛ قال الله تعالى في كفارتي القتل والإفطار: ﴿**فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهرينِ متَتَابِعَيْنِ**﴾[1] وقال النبي ﷺ للأعرابي: «**صم شهرين متتابعين**»[2] بخلاف صوم قضاء رمضان لأن الله سبحانه وتعالى أمر به من غير شرط التتابع بقوله تبارك وتعالى: ﴿**فمن كان منكم مريضاً أو على سفر فعدة من أيام أخر**﴾.

وأما صوم كفارة اليمين فيشترط فيه التتابع أيضاً عندنا.

---

(١) سورة المجادلة، الآية: (٤).
(٢) تقدم.

وعند الشافعي: لا يشترط بل هو الخيار إن شاء تابع وإن شاء فرق. واحتج بظاهر قوله تعالى: ﴿فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام﴾ من غير شرط التتابع.

ولنا: قراءة عبد الله بن مسعود رضي الله عنهما: ﴿فصِيَامُ ثَلاَثَةِ أيامٍ متَتَابِعَاتٍ﴾[1] وقراءته كانت مشهورة في الصحابة رضي الله تعالى عنهم فكانت بمنزلة الخبر المشهور لقبول الصحابة رضي الله عنهم إياها تفسيراً للقرآن العظيم إن لم يقبلوها في كونها قرآناً فكانت مشهورة في حق حكم الصحابة رضي الله عنهم إياها في حق وجوب العمل فكانت بمنزلة الخبر المشهور والزيادة على الكتاب الكريم بالخبر المشهور جائزة بلا خلاف، ويجوز بخبر الواحد، وكذا عند بعض مشايخنا على ما عرف في أصول الفقه.

وعلى هذا يخرج ما إذا أفطر في خلال الصوم أنه يستقبل الصوم سواء أفطر لغير عذر أو لعذر مرض أو سفر لفوت شرط التتابع.

وكذلك لو أفطر يوم الفطر أو يوم النحر أو أيام التشريق فإنه يستقبل الصيام سواء أفطر في هذه الأيام أو لم يفطر لأن الصوم في هذه الأيام لا يصلح لإسقاط ما في ذمته لأن ما في ذمته كامل والصوم في هذه الأيام ناقص لمجاورة المعصية إياه والناقص لا ينوب عن الكامل.

ولو كانت امرأة فصامت عن كفارة الإفطار في رمضان أو عن كفارة القتل فحاضت في خلال ذلك لا يلزمها الاستقبال لأنها لا تجد صوم شهرين لا تحيض فيهما فكانت معذورة وعليها أن تصلَ أيام القضاء بعد الحيض بما قبله حتى لو لم تصلْ وأفطرت يوماً بعد الحيض استقبلت لأنها تركت التتابع من غير ضرورة ولو نفست تستقبل لعدم الضرورة لأنها تجد شهرين لا نفاس فيهما.

ولو كانت في صوم كفارة اليمين فحاضت في خلال ذلك تستقبل لأنها تجد ثلاثة أيام لا حيض فيها فلا ضرورة إلى سقوط اعتبار الشرط، ولو جامع امرأته التي لم يظاهر منها بالنهار ناسياً أو بالليل عامداً أو ناسياً أو أكل بالنهار ناسياً لا يستقبل لأن الصوم لم يفسد فلم يفت شرط التتابع.

ومنها: عدم المسيس في الشهرين في صوم كفارة الظهار سواء فسد الصوم أو لا في قول أبـي حنيفة ومحمد.

وقال أبو يوسف: الشرط عدم فساد الصوم حتى لو جامع امرأته التي ظاهر منها بالليل عامداً أو ناسياً أو بالنهار ناسياً استقبل عندهما، وعند أبـي يوسف يمضي على صومه، وبه أخذ الشافعي[2].

وجه قول أبـي يوسف أن هذا الجماع لا ينقطع به التتابع لأنه لا يفسد الصوم فلا يجب الاستقبال كما لو جامع امرأة أخرى ثم ظاهر منها، والصحيح قولنا لأن المأمور به صوم شهرين متتابعين لا مسيس فيهما بقوله: ﴿فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين من قبل أن يتماسا﴾[3] فإذا جامع في خلالهما فلم يأت بالمأمور به؛ ولو جامعها بالنهار عامداً استقبل بالاتفاق.

---

(١) سورة المائدة، الآية: (٨٩).

(٢) انظر «المنهاج» ص (١١٢).

(٣) سورة النساء، الآية: (٩٢).

أما عندهما: فلوجود المسيس، وأما عنده فلانقطاع التتابع لوجود فساد الصوم.

وأما وجوب كفارة الحلق فصاحبه بالخيار إن شاء فرق لإطلاق قوله تبارك وتعالى: ﴿ففدية من صيام أو صدقة أو نسك﴾[1] من غير فصل.

وأما الإطعام في كفارتي الظهار والإفطار فالكلام في جوازه صفة وقدراً ومحلاً كالكلام في كفارة اليمين، وقد ذكرناه وعدم المسيس في خلال الإطعام في كفارة الظهار ليس بشرط حتى لو جامع في خلال الإطعام لا يلزمه الاستئناف لأن الله تبارك وتعالى لم يشترط ذلك في هذه الكفارة لقوله سبحانه وتعالى ﴿فمن لم يستطع فإطعام ستين مسكيناً﴾[2] من غير شرط ترك المسيس إلا أنه منع من الوطء قبله لجواز أن يقدر على الصوم أو الاعتكاف فتنتقل الكفارة إليهما فيتبين أن الوطء كان حراماً على ما ذكرنا في كتاب الظهار.

والكلام في الإطعام في كفارة الحلق كالكلام في كفارة اليمين إلا في عدد منْ يطعم وهم ستة مساكين لحديث كعب بن عجرة رضي الله عنه، فأما في الصفة والقدر والمحل فلا يختلفان حتى يجوز فيه التمليك والتمكين وهذا قول أبـي يوسف.

وقال محمد: لا يجوز فيها إلا التمليك، كذا حكى الشيخ القدوري رحمه الله الخلاف، وذكر القاضي «في شرحه مختصر الطحاوي» رحمه الله قول أبـي حنيفة مع أبـي يوسف.

وجه قول محمد رحمه الله أن جواز التمكين في طعام كفارة اليمين لورود النص بلفظ الإطعام إذ هو في عرف اللغة اسم لتقديم الطعام على وجه الإباحة والنص ورد ههنا بلفظ الصدقة وإنها تقتضي التمليك لكنه معلل بدفع الحاجة والتصدق تمليك فأشبه الزكاة والعشر.

ولهما: أن النص وإن ورد بلفظ الصدقة وإنها تقتضي التمليك لكنه معلل بدفع الحاجة وذا يحصل بالتمكين فوق ما يحصل بالتمليك على ما بينا، ولهذا جاز دفع القيمة، وإن فسرت الصدقة بثلاثة أصوع في حديث كعب بن عجرة رضي الله عنه.

ولو وجب عليه كفارة يمين فلم يجد ما يعتق ولا ما يكسو ولا ما يطعم عشرة مساكين وهو شيخ كبير لا يقدر على الصوم فأراد أن يطعم ستة مساكين عن صيام ثلاثة أيام لم يجز إلا أن يطعم عشرة مساكين، لأن الصوم بدل والبدل لا يكون له بدل، فإذا عجز عن البدل تأخر وجوب الأصل وهو أحد الأشياء الثلاثة إلى وقت القدرة.

وإن كان عليه كفارة القتل أو الظهار أو الإفطار ولم يجد ما يعتق وهو شيخ كبير لا يقدر على الصوم ولا يجد ما يطعم في كفارة الظهار والإفطار يتأخر الوجوب إلى أن يقدر على الإعتاق في كفارة القتل وعلى الإعتاق أو الإطعام في كفارة الظهار والإفطار، لأن إيجاب الفعل على العاجز محال والله أعلم.

---

(١) سورة البقرة، الآية: (١٩٦).

(٢) سورة المجادلة، الآية: (٤).

كتاب الأشربة

الكلام في هذا الكتاب في مواضع: في بيان أسماء الأشربة المعروفة المسكرة وفي بيان معانيها؛ وفي بيان أحكامها، وفي بيان حد السكر.

أما أسماؤها فالخمر والسكر والفضيخ ونقيع الزبيب والطلاء والباذق والمنصف والمثلث والجمهوري وقد يسمى أبو سقيا والخليطان والمزر والجعة والبتع.

أما بيان معاني هذه الأسماء: أما الخمر فهو اسم للنيء من ماء العنب إذا غَلا واشتد وقذف بالزبد؛ وهذا عند أبي حنيفة عليه الرحمة، وعند أبي يوسف ومحمد عليهما الرحمة ماء العنب إذا غلا واشتد فقد صار خمراً وترتب عليه أحكام الخمر قذف بالزبد أو لم يقذف به.

وجه قولهما: أن الركن فيها معنى الإسكار وذا يحصل بدون القذف بالزبد.

وجه قول أبي حنيفة رحمه الله: أن معنى الإسكار لا يتكامل إلا بالقذف بالزبد فلا يصير خمراً بدونه.

وأما السكر فهو: اسم للنيء من ماء الرطب إذا غلا واشتد وقذف بالزبد أو لم يقذف على الاختلاف، وأما الفضيخ فهو اسم للنيء من ماء البسر المنضوخ وهو المدقوق إذا غلا واشتد وقذف بالزبد أو لا على الاختلاف.

وأما نقيع الزبيب: فهو اسم للنيء من ماء الزبيب المنقوع في الماء حتى خرجت حلاوته إليه واشتد وقذف بالزبد أو لا على الخلاف.

وأما الطلاء فهو: اسم للمطبوخ من ماء العنب إذا ذهب أقل من الثلثين وصار مسكراً ويدخل تحت الباذق والمنصف، لأن الباذق هو المطبوخ أدنى طبخة من ماء العنب والمنصف هو المطبوخ من ماء العنب إذا ذهب نصفه وبقى النصف، وقيل الطلاء هو المثلث وهو المطبوخ من ماء العنب حتى ذهب ثلثاه وبقي معتقاً وصار مسكراً، وأما الجمهوري فهو المثلث يصب الماء بعدما ذهب ثلثاه بالطبخ قدر الذاهب وهو الثلثان ثم يطبخ أدنى طبخة ويصير مسكراً.

وأما الخليطان فهما: التمر والزبيب أو البسر والرطب إذا خلطا ونبذا حتى غليا واشتدا.

وأما المزر فهو: اسم لنبيذ الذرة إذا صار مسكراً، وأما الجعة فهو اسم لنبيذ الحنطة والشعير إذا صار مسكراً.

وأما البتع: فهو اسم لنبيذ العسل إذا صار مسكراً هذا بيان معاني هذه الأسماء وأما بيان أحكام هذه الأشربة: أما الخمر فيتعلق بها أحكام.

منها: أنه يحرم شرب قليلها وكثيرها إلا عند الضرورة لأنها محرمة العين فيستوي في الحرمة قليلها وكثيرها.

والدليل على أنها محرمة العين قوله سبحانه وتعالى: ﴿رِجْسٌ مِنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ﴾[1]، وصف سبحانه وتعالى الخمر بكونها رجساً وغير المحرم لا يوصف به فهذا يدل على كونها محرمة في نفسها، وقوله عز من قائل: ﴿إِنَّمَا يُرِيدُ الشَّيْطَانُ أَنْ يُوقِـعَ بَيْنَكُمُ العَدَاوَة﴾[2] الآية، فدل على حرمة السكر فحرمت عينها والسكر منها.

وقال عليه الصلاة والسلام: «حُرِّمَتْ الخَمْرُ لِعَيْنِهَا قَلِيلهَا وكَثِيرهَا والسُّكْرُ مِنْ كُلِّ شَرَابٍ»[3]، إلا أنه رخص شربها عند شرورة العطش أو لإكراه قدر ما تندفع به الضرورة، ولأن حرمة قليلها ثبتت بالشرع المحض فاحتمل السقوط بالضرورة كحرمة الميتة ونحو ذلك، وكذا لا يجوز الانتفاع بها للمداواة وغيرها، لأن الله تعالى لم يجعل شفاءنا فيما حرم علينا، ويحرم على الرجل أن يسقي الصغيرَ الخمر فإذا سقاه فالإثم عليه دون الصغير لأن خطاب التحريم يتناوله.

ومنها: أنه يكفر مستحلها، لأن حرمتها ثبتت بدليل مقطوع به، وهو نص الكتاب الكريم فكان منكر الحرمة منكراً للكتاب.

ومنها: أنه يحدّ شاربها قليلاً أو كثيراً لإجماع الصحابة رضي الله عنه تعالى عنهم على ذلك، ولو شرب خمراً ممزوجاً بالماء إن كانت الغلبة للخمر يجب الحدّ، وإن غلب الماء عليها حتى زال طعمها وريحها لا يجب، لأن الغلبة إذا كانت للخمر فقد بقي اسم الخمر ومعناها وإذا كانت الغلبة للماء فقد زال الاسم والمعنى إلا أنه يحرم شرب الماء الممزوج بالخمر لما فيه من أجزاء الخمر حقيقة، وكذا يحرم شرب الخمر المطبوخ لأن الطبخ لا يحل حراماً، ولو شربها يجب الحد لبقاء الاسم والمعنى بعد الطبخ، ولو شرب دردي الخمر لا حد عليه إلا إذا سكر لأنه لا يسمى خمراً ومعنى الخمرية فيه ناقص لكونه مخلوطاً بغيره فأشبه المنصف وإذا سكر منه يجب حد السكر كما في المنصف ويحرم شربه لما فيه من أجزاء الخمر ومن وجد منه رائحة الخمر أو قاء خمراً لا حد عليه لأنه يحتمل أنه شربها مكرهاً فلا يجب مع الاحتمال ولا حد على أهل الذمة وإن سكروا من الخمر لأنها حلال عندهم، وعن الحسن بن زياد رحمه الله أنهم يحدون إذا سكروا، لأن السكر حرام في الأديان كلها.

ومنها: أن حد شرب الخمر وحد السكر مقدر بثمانين جلدة في الأحرار لإجماع الصحابة رضي الله

---

(١) سورة المائدة، الآية: (٩٠).

(٢) سورة المائدة، الآية: (٩١).

(٣) أخرجه البيهقي في «السنن الكبرى» (٨/٢٩٧) موقوفاً على ابن عباس رضي الله عنهما وقال في «الدر المكنون» قال ابن حزم صحيح.

عنهم وقياسهم على حد القذف حتى قال سيدنا علي رضي الله عنه إذا سكر هَذَى وإذا هَذَى افترى وحد المفترين ثمانون وبأربعين في العبيد، لأن الرق منصف للحد كحد القذف والزنا، قال الله تعالى جل وعلا: ﴿فَإِنْ أَتَيْنَ بِفَاحِشَةٍ فَعَلَيْهِنَّ نِصْفُ مَا عَلَى الْمُحْصَنَاتِ مِنَ الْعَذَابِ﴾.

ومنها: أنه يحرم على المسلم تملكيها وتملكها بسائر أسباب الملك من البيع والشراء وغير ذلك، لأن كل ذلك انتفاع بالخمر وأنها محرمة الانتفاع على المسلم.

وروي عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال: «يَا أَهْلَ الْمَدِينَةِ إِنَّ اللَّهَ تبارك وتَعَالى قَدْ أَنْزَلَ تَحرِيمَ الخمرِ فَمَنْ كَتَبَ هذهِ الآيَةَ وعِنْدَهُ شَيْءٌ مِنْهَا فَلاَ يَشْرَبْهَا ولا يَبِعْهَا فسكبوها في طرق المدينة»[١]، إلا أنها تورث، لأن الملك في الموروث ثبت شرعاً من غير صنع العبد فلا يكون ذلك من باب التمليك والتملك والخمر إن لم تكن متقومة فهي مال عندنا فكانت قابلة للملك في الجملة.

ومنها: أنه لا يضمن متلفها إذا كانت لمسلم لأنها ليست متقومة في حق المسلم وإن كانت مالاً في حقه وإتلاف مال غير متقوم لا يوجب الضمان، وإن كانت لذمي يضمن عندنا خلافاً للشافعي[٢] رحمه الله وهي من مسائل الغصب.

ومنها: أنها نجسة غليظة حتى لو أصاب ثوباً أكثر من قدر الدرهم يمنع جواز الصلاة لأن الله تبارك وتعالى سماها رجساً في كتابه الكريم بقوله: ﴿رِجْسٌ مِنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ﴾[٣] ولو بل بها الحنطة فغسلت وجففت وطحنت فإن لم يوجد منها طعم الخمر ورائحتها يحل أكله وإن وجد لا يحل لأن قيام الطعم والرائحة دليل بقاء أجزاء الخمر وزوالها دليل زوالها ولو سقيت بهيمة منها ثم ذبحت فإن ذبحت ساعة سقيت به تحل من غير كراهة لأنها في أمعائها بعد فتطهر بالغسل وإن مضى عليها يوم أو أكثر تحل مع الكراهة لاحتمال أنها تفرقت في العروق والأعصاب.

ومنها: إذا تخللت بنفسها يحل شرب الخل بلا خلاف لقوله عليه السلام: «نِعْمَ الإِدَامُ الخَلّ»[٤]، وإنما يعرف التخلل بالتغير من المرارة إلى الحموضة بحيث لا يبقى فيها مرارة أصلاً عند أبـي حنيفة رضي الله عنه حتى لو بقي فيها بعض المرارة لا يحل، وعند أبي يوسف ومحمد تصير خلاً بظهور قليل الحموضة فيها،

---

(١) أخرجه البخاري في «الصحيح» كتاب البيوع باب ما قيل في الصواغ (٢٠٨٩) وكتاب المساقاة باب بيع الحطب والكلأ (٢٣٧٥) وكتاب فرض الخمس باب الخمس (٣٠٩١).
وكتاب المغازي (٤٠٠٣) وكتاب اللباس باب الأردية (٥٧٩٣).
ومسلم في «الصحيح» كتاب الأشربة، باب تحريم الخمر وبيان... (٥١٠٢).
وأبو داود في «السنن» كتاب الخراج والإمارة والفيء باب في بيان مواضع قسم الخمس وسهم ذي القربى (٢٩٨٦).

(٢) انظر «مختصر المزني» (٢٨٠).

(٣) سورة المائدة، الآية: (٩٠).

(٤) أخرجه مسلم في «الصحيح» كتاب الأشربة باب فضيلة الخل والتأدم به (٢٠٥٢).
وأبو داود في «السنن» كتاب الأطعمة باب في الخل (٣٨٢٠ ـ ٣٨٢١).
والترمذي في «السنن» كتاب الأطعمة باب ما جاء في الخل (١٨٣٩).
والنسائي في «السنن» كتاب الأيمان باب إذا حلف لا يتادم فأكل خبزاً بخل (٧/ ١٤).

لأن من أصل أبـي حنيفة رحمه الله أن العصير من ماء العنب لا يصير خمراً إلا بعد تكامل معنى الخمرية فيه فكذا الخمر لا يصير خلاً إلا بعد تكامل معنى الخلية فيه، وعندهما يصير خموراً بظهور دليل الخمرية ويصير خلاً بظهور دليل الخليّة فيه هذا إذا تخللت بنفسها، فأماإذا خللها صاحبها بعلاج من خلّ أو ملح أو غيرهما فالتخليل جائز والخل حلال عندنا، وعند الشافعي لا يجوز التخليل ولا يحل الخل، وإن خللها بالنقل من موضع إلى موضع فلا شك أنه يحل عندنا وللشافعي رحمه الله قولان.

واحتج بما روي أن بعد نزول تحريم الخمر كانت عند أبـي طلحة الأنصاري رحمه الله خمور لأيتام فجاء إلى رسول الله ﷺ وقال: ما نصنع بها يا رسول الله فقال عليه الصلاة والسلام: «أرِقْهَا»، فقال أبو طلحة: أفلا أُخلِّلُها، قال عليه الصلاة والسلام: «لا»[1] نصّ عليه الصلاة والسلام على النهي عن التخليل وحقيقة النهي للتحريم، ولأن في الاشتغال بالتخليل احتمال الوقوع في الفساد ويتنجس الظاهر منه ضرورة وهذا لا يجوز بخلاف ما إذا تخللت بنفسها.

ولنا: ما روي عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال: «أيُّما إهاب دُبِـغَ فَقَدْ طَهُرَ»[2] كالخمر إذا تخلل فيحل فحقق عليه الصلاة والسلام التخليل وأثبت حل الخل شرعاً ولأن التخليل سبب لحصول الحل فيكون مباحاً استدلالاً بما إذا أمسكها حتى تخللت.

والدليل على أنه سبب لحصول الحل أن بهذا الصنع صار المائع حامضاً بحيث لا يبين في الذوق أثر المرارة فلا يخلو إما إن كان ذلك لغلبة الحموضة المرارة مع بقائها في ذاتها، وإما إن كان لتغير الخمر من المرارة إلى الحموضة لا سبيل إلى الأول لأنها لا حموضة في الملح لتغلب المرارة، وكذا بإلقاء حلو قليل يصير حامضاً في مدة قليلة لا تتخلل بنفسها عادة والقليل لا يغلب الكثير فتعين أن ظهور الحموضة بإجراء الله تعالى العادةَ على أن مجاوزة الخل يغيرها من المرارة إلى الحموضة في مثل هذا الزمان فثبت أن التخليل سبب لحصول الحل فيكون مباحاً لأنه حينئذ يكون اكتساب مال متقوم عندنا، وعنده يكون اكتساب المال وكل ذلك مشروع.

وأما الحديث: فقد روي أن أبا طلحة رحمه الله لما قال: أفلا أخللها، قال عليه الصلاة والسلام: «نعم»[3] فتعارضت الروايتان فسقط الاحتجاج على أنه يحمل على النهي عن التخليل لمعنى في غيره وهو

---

(١) أخرجه مسلم في «الصحيح» عن أنس كتاب الأشربة باب تحريم تخليل الخمر (٥١١١).
والبيهقي في «السنن الكبرى» (٦/ ٣٧).

(٢) أخرجه مسلم في «صحيحه» كتاب الأشربة باب تحريم التداوي بالخمر (٥١١٣).
والترمذي في «السنن» كتاب الطب باب ما جاء في كراهة التداوي بالمسكر (٢٠٤٦). كتاب الأشربة باب ما جاء في الحبوب التي يتخذ منها الخمر (١٨٧٥).
وأبو داود في «السنن» كتاب الأشربة باب الخمر مما هي (٣٦٧٨).
والنسائي في «السنن» كتاب الأشربة باب قوله تعالى: ﴿ومن ثمرات النخيل تتخذون منه سكراً ورزقاً حسناً﴾ (٨/ ٢٩٤).
وابن ماجه في «السنن» كتاب الأشربة باب ما يكون منه الخمر (٣٣٧٨).

(٣) لم أجد بلفظ «نعم» بل المروي «لا» كما سبق.

دفع عادة العامة، لأن القوم كانوا حديثي العهد بتحريم الخمر فكانت بيوتهم لا تخلو عن خمر وفي البيت غلمان وجواري وصبيان وكانوا ألفوا شرب الخمر وصار عادة لهم وطبيعة والنزوع عن العادة أمر صعب لقيم البيت إن كان ينزجر عن ذلك ديانةً فقل ما يسلم الأتباع عنها لو أمر بالتخليل إذ لا يتخلل من ساعتها بل بعد وقت معتبر فيؤدي إلى فساد العامة، وهذا لا يجوز وقد انعدم ذلك المعنى في زماننا ليقرر التحريم ويألف الطبع تحريمها حملناه على هذا دفعاً للتناقض عن الدليل، وبه تبين أن ليس فيما قلناه احتمال الوقوع في الفساد.

وقوله: تنجيس الظاهر من غير ضرورة نعم لكن لحاجة وإنه لجائز كدبغ جلد الميتة والله سبحانه وتعالى أعلم.

ثم لا فرق في ظاهر الرواية بين ما إذا ألقى فيها شيئاً قليلاً من الملح أو السمك أو الخل أو كثيراً حتى تحل في الحالين جميعاً.

وروي عن أبـي يوسف أنه إن كان الخل كثيراً لا يحل.

وجه رواية أبـي يوسف رحمه الله أن الملقى من الخل إذا كان قليلاً فهذا تخليل لظهور الحموضة فيها بطريق التغيير، فأما إذا كان كثيراً فهذا ليس بتخليل بل هو تغليب لغلبة الحموضة المرارة، فصار كما لو ألقى فيها كثيراً من الحلاوات حتى صار حلواً أنه لا يحل بل يتنجس الكل فكذا هذا.

وجه ظاهر الرواية أن كل ذلك تخليل، أما إذا كان قليلاً فظاهر، وكذلك إذا كان كثيراً، لما ذكرنا أن ظهور الحموضة عند إلقاء الملح والسمك لا يكون بطريق التغليب لانعدام الحموضة فيهما فتعين أن يكون بطريق التغيير، وفي الكثير يكون أسرع والله سبحانه وتعالى أعلم.

وأما السكر والفضيخ ونقيع الزبيب فيحرم شرب قليلها وكثيرها لما روي عن النبـي عليه الصلاة والسلام أنه قال: «الخَمْرُ مِنْ هَاتَيْنِ الشَّجَرَتَيْنِ»[1] وأشار عليه الصلاة والسلام إلى النخلة والكرمة، والتي ههنا هو المستحق لاسم الخمر فكان حراماً.

= قال أبو جعفر الطحاوي كما في «مختصر اختلاف العلماء» (٤/ ٣٦١) بعد ذكره الحديث: «احتمل نهي النبـي ﷺ عن أن يجعل خلاً، وأمره بالإراقة معنيان:

أحدهما: أن يكون منهياً عن التملك، ولا دلالة فيه بعد ذلك على خطر الخل المجعول منها، فاحتمل أن يكون مراده: تحريم ذلك الخل، ويحتمل أيضاً أن يريد قطع العادة لضرب عهدهم بشرب الخمر على وجه التغليظ، وإن كان مأموناً منه ذلك فغير منهي عنه، كما روى ابن أبـي ذئب عن الزهري عن سالم عن أبيه عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه كان يغدو فينظر إلى الأسواق، فإذا رأى اللبن أمرنا بالأسقية ففتحت، فإن وجد فيها شيئاً مغشوشاً، قد جعل فيه وغش به أهراقها» ومعلوم أنه لم يكن محرماً الأكل، ولكن لقطع العادة والتغليظ على فاعله.. الخ انظر «مختصر اختلاف العلماء» (٤/ ٣٦٠ ـ ٣٦٣).

(١) أخرجه مالك في «الموطأ».

وأحمد في «المسند» (١/ ٢٧٩، ٢٨٠).

ومسلم في «الصحيح» بمعناه كتاب الحيض باب طهارة جلود الميتة بالدباغ (٣٦٦).

وعبد الرزاق في «المصنف» (١٩٠) والحميدي في «مسنده» (٤٨٦).

وأبو داود في «السنن» كتاب اللباس باب في أُهُب الميتة (٤١٢٣).

والترمذي في «السنن» كتاب اللباس باب جلود الميتة إذا دبغت (١٧٢٨).

وسئل عبد الله بن مسعود رضي الله عنه عن التداوي بالسكر فقال: «إن الله تبارك وتعالى لم يجعل شفاءكم فيما حرمَ عليكم».

وعن ابن عباس رضي الله عنهما قال: السكر هي الخمر ليس لها كنية. وروي أنه لما سئل عن نقيع الزبيب قال: الخمر أحيتها. أشار إلى علة الحرمة وهي أن إيقاع الزبيب في الماء إحياء للخمر، لأن الزبيب إذا نقع في الماء يعود عنباً فكان نقيعه كعصير العنب، ولأن هذا لا يتخذ إلا للسكر فيحرم شرب قليلها وكثيرها.

فإن قيل: أليس أنّ اللَّهَ تبارك وتعالى قال: ﴿وَمِنَ ثَمَرَاتِ النَّخيلِ والأَعْنَابِ تَتَخِذُونَ مِنْهُ سَكَراً ورِزْقاً حَسَناً﴾[1]، وهذا خرج مخرج تذكير النعمة والتنبيه على شكرها فيدل على حلها؟ فالجواب: قيل إن الآية منسوخة بآية تحريم الخمر، فلا يصح الاحتجاج بها.

والثاني: إن لم تكن منسوخة فيحتمل أن ذلك خرج مخرج التغيير أي إنكم تجعلون ما أعطاكم الله تعالى من ثمرات النخيل والأعناب التي هي حلال بعضها حراماً وهو الشراب والبعض حلالاً وهو الدبس والزبيب والخل ونحو ذلك.

نظيره قوله تعالى: ﴿قُلْ أَرَأَيْتُم مَا أَنْزَلَ اللَّهُ لَكُمْ مِنْ رِزْقٍ فَجَعَلْتُمْ مِنْهُ حَرَاماً وَحَلالاً﴾[2] وعلى هذا كانت الآية حجة عليكم، لأن التغيير على الحرام لا على الحلال ولا يكفر مستحلها ولكن يضلل، لأن حرمتها دون حرمة الخمر لثبوتها بدليل غير مقطوع به من أخبار الآحاد وآثار الصحابة رضي الله عنهم على ما ذكرنا ولا يحد بشرب القليل منها، لأن الحد إنما يجب بشرب القليل من الخمر ولم يوجد بالسكر، لأن حرمة السكر من كل شراب كحرمة الخمر لثبوتها بدليل مقطوع به، وهو نص الكتاب العزيز، قال الله تعالى جل شأنه في الآية الكريمة: ﴿إِنَّمَا يُرِيدُ الشَّيْطَانُ أَنْ يُوقِـعَ بَيْنَكُمُ العَدَاوَةَ والبَغْضَاءَ في الخَمْرِ والمَيْسِرِ ويَصُدَّكُمْ عَنْ ذِكْرِ اللَّهِ وَعَنِ الصَّلاَةِ فَهَلْ أَنْتُمْ مُنْتَهُونَ﴾[3] وهذه المعاني تحصل بالسكر من كل شراب فكانت حرمة السكر من كل شراب ثابتة بنص الكتاب العزيز كحرمة الخمر، ولهذا جمع رسولُ الله ﷺ بين الحرمتين في قوله عليه الصلاة والسلام: «حُرِّمَت عليكمُ الخَمرُ لعينها قَلِيلُهَا وكَثِيرُهَا والسُّكرُ مِنْ كلِّ شَرَاب»[4].

ومعلوم أنه عليه الصلاة والسلام ما أراد به أصل الحرمة لأن ذلك لا يقف على السكر في كل شراب دل أن المراد منه الحرمة الكاملة التي لا شبهة فيها كحرمة الخمر، وكذا جمع سيدنا علي رضي الله عنه بينهما في الحد فقال: فيما أسكر من النبيذ ثمانون وفي الخمر قليلها وكثيرها ثمانون، ويجوز بيعها عند أبـي حنيفة مع الكراهة، وعند أبـي يوسف ومحمد لا يجوز أصلاً.

= والنسائي في «السنن» كتاب الفَرع والعتيرة باب جلود الميتة (٧/ ١٧٣).
وابن ماجه في «السنن» كتاب اللباس باب جلود الميتة إذا دبغت (٣٦٠٩).

(١) سورة النحل، الآية: (٦٧).
(٢) سورة يونس، الآية: (٥٩).
(٣) سورة المائدة، الآية: (٩١).
(٤) تقدم.

وجه قولهما: أن محل البيع هو المال وإنه اسم لما يباح الانتفاع به حقيقة وشرعاً ولم يوجد فلا يكون مالاً فلا يجوز بيعها كبيع الخمر.

وجه قول أبي حنيفة رضي الله عنه أن البيع مبادلة شيء مرغوب فيه بشيء مرغوب فيه، قال الله تبارك وتعالى: ﴿**أولئك الذين اشتروا الضلالة بالهدى فما ربحت تجارتهم وما كانوا مهتدين**﴾(١) وقد وجد ههنا لأن الأشربة مرغوب فيها والمال اسم لشيء مرغوب فيه إلا الخمر مع كونها مرغوباً فيها لا يجوز بيعها بالنص الذي روينا، والنص ورد باسم الخمر فيقتصر على مورد النص.

وعلى هذا الخلاف إذا أتلفها إنسان يضمن عنده، وعندهما لا يضمن.

ومنها: حكم نجاستها فقد روي عن أبي حنيفة رضي الله عنه أنها لو أصابت الثوب أكثر من قدر الدرهم تمنع جواز الصلاة لأنه يحرم شرب قليلها وكثيرها كالخمر فكانت نجاستها غليظة كنجاسة الخمر: وروي أنها لا تمنع أصلاً، لأن نجاسة الخمر إنما تثبت بالشرع بقوله عزَّ شأنه: ﴿**رِجْسٌ مِنْ عمل الشيطان**﴾(٢) فيختص باسم الخمر.

وعن أبي يوسف رحمه الله أنه اعتبر فيها الكثير الفاحش كما في النجاسة الحقيقية، لأنها وإن كانت محرمة الانتفاع لكن حرمتها دون حرمة الخمر حتى لا يكفر مستحلها ولا يحدّ بشرب القليل منها فأوجب ذلك خفة في نجاستها، هذا الذي ذكرنا حكم النيء من عصير العنب ونبيذ التمر ونقيع الزبيب.

وأما حكم المطبوخ.

منها: أما عصير العنب إذا طبخ أدنى طبخة وهو الباذق أو ذهب نصفه وبقي النصف وهو المنصف فيحرم شرب قليله وكثيره عند عامة العلماء رضي الله عنهم، وروى بشر عن أبي يوسف رحمهما الله الأول أنه مباح، وهو قول حماد بن أبي سليمان ويصح قول العامة، لأنه إذا ذهب أقل من الثلثين بالطبخ فالحرام فيه بان وهو ما زاد على الثلث.

والدليل على أن الزائد على الثلث حرام ما روي عن سيدنا عمر رضي الله عنه أنه كتب إلى عمار بن ياسر رضي الله عنه إني أُتيت بشرابٍ من الشَّام طبخ حتى ذهب ثلثاه وبقي ثلثه يبقى حلاله ويذهب حرامه وريح جنونه فمُرْ مَنْ قِبَلَك فليتوسعوا من أَشربتهم(٣)، نصّ على أن الزائد على الثلث حرام وأشار إلى أنه ما لم يذهب ثلثاه فالقوة المسكرة فيه قائمة وكان ذلك بمحضر من الصحابة الكرام رضي الله عنهم ولم ينقل عنهم خلافه فكان إجماعاً منهم ولا يحد شاربه ما لم يسكر وإذا سكر حُدّ ولا يكفر مستحله لما مر، ويجوز بيعه عن أبي حنيفة وإن كان لا يحل شربه، وعندهما لا يحل شربه ولا يجوز بيعه على ما ذكرنا.

---

(١) سورة البقرة، الآية: (١٦).

(٢) سورة المائدة، الآية: (٩٠).

(٣) انظر «مصنف عبد الرزاق» (٩/ ٢١٩).
و «شرح معاني الآثار» و «مختصر اختلاف العلماء» (٤/ ٣٦٥ ـ ٣٦٧).

هذا اذا طبخ عصير العنب، فأما إذا طبخ العنب كما هو فقد حكى أبو يوسف عن أبي حنيفة رضي الله عنهما أن حكمه حكم العصير لا يحل حتى يذهب ثلثاه، وروى الحسن عن أبي حنيفة رضي الله عنهما أن حكمه حكم الزبيب حتى لو طبخ أدنى طبخة يحل بمنزلة الزبيب.

وأما المطبوخ من نبيذ التمر ونقيع الزبيب أدنى طبخةٍ والمنصَّف منهما فيحل شربه ولا يحرم إلا السكر منه وهو طاهر يجوز بيعه ويضمن متلفه، وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف رضي الله عنهما.

وعن محمد رحمه الله روايتان: في رواية لا يحل شربه لكن لا يجب الحد إلا بالسكر، وفي رواية قال: لا أحرمه ولكن لا أشرب منه والحجج تذكر في الثلث فأبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله يحتاجان إلى الفرق بين المطبوخ أدنى طبخة والمنصف من عصير العنب.

ووجه الفرق لهما: أن طبخ العصير على هذا الحد وهو أن يذهب أقل من ثلثيه لا أثر له في العصر لأن بعد الطبخ بقيت فيه قوة الإسكار بنفسه، ألا ترى أنه لو ترك يغلي ويشتد من غير أن يخلط بغيره كما كان قبل الطبخ لم يعمل فيه هذا النوع من الطبخ فبقي على حاله بخلاف نبيذ التمر ونقيع الزبيب لأنه ليس فيه قوة الإسكار بنفسه

ألا ترى أنه لو ترك على حاله ولا يخلط به الماء لم يحتمل الغليان أصلاً كعصير العنب إذا طبخ حتى ذهب ثلثاه وبقي ثلثه والماء يغلي ويسكر إذا خلط فيه الماء وإذا لم يكن مسكراً بنفسه بل بغيره جاز أن يتغير حاله بالطبخ بخلاف العصير على ما ذكرنا، وإلى هذا أشار سيدنا عمر رضي الله عنه فيما روينا عنه من قوله: يذهبُ حَرَامُه وريحُ جُنُونِه يعني إذا كان يغلي بنفسه من غير صب الماء عليه فقد بقي سلطانه وإذا صار بحيث لا يغلي بنفسه بأن طبخ حتى ذهب ثلثاه فقد ذهب سلطانه والله سبحانه وتعالى أعلم.

هذا إذا نقع الزبيب المدقوق في الماء ثم طبخ نقيعه أدنى طبخة، فأما إذا نقع الزبيب كما هو وصفي ماؤه ثم طبخ أدنى طبخة فقد روى محمد عن أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهم الله أنه لا يحل حتى يذهب بالطبخ ثلثاه ويبقى ثلثه، ووجهه ما ذكرنا أن إنقاع الزبيب إحياء للعنب فلا يحل به عصيره إلا بما يحل به عصير العنب، وروي عن أبي يوسف رحمه الله أنه يعتبر في ذلك أدنى طبخة، لأنه زبيب انتفخ بالماء فلا يتغير حكمه والله سبحانه وتعالى أعلم.

وأما المثلث فنقول: لا خلاف في أنه ما دام حلواً لا يسكر يحل شربه. وأما المعتق المسكر فيحل شربه للتداوي واستمراء الطعام والتقوي على الطاعة عند أبي حنيفة وأبي يوسف رضي الله عنهما.

وروى محمد رحمه الله: لا يحل، وهو قول الشافعي رحمه الله[١]، وأجمعوا على أنه لا يحل شربه للهو والطرب، كذا روى أبو يوسف رحمه الله في الأمالي، وقال لو أراد أن يشرب المسكر فقليله وكثيره حرام وقعوده لذلك والمشي إليه حرام.

وجه قول محمد والشافعي رحمهما الله ما روي عن سيدتنا عائشة رضي الله عنها أن رسول الله ﷺ قال:

(١) انظر «مختصر المزني» صفحة (٢٦٥).

«ما أسكر كثيره فقليله حرام»[١] وروي عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال: «كل مسكر»[٢] من عصير العنب إنما سمي خمراً لكونه مخامراً للعقل ومعنى المخامرة يوجد في سائر الأشربة المسكرة، وأبو حنيفة وأبو يوسف رضي الله عنهما احتجا بحديث رسول الله ﷺ وآثار الصحابة الكرام رضي الله عنهم.

أما الحديث فما ذكره الطحاوي رحمه الله في «شرح الآثار» عن عبد الله بن سيدنا عمر رضي الله تعالى عنهما أن النبي عليه الصلاة والسلام «أتي بنبيذ فشمه فقطب وجهه لشدته ثم دعا بماء فصبه عليه وشرب منه»[٣].

وأما الآثار فمنها: ما روي عن سيدنا عمر رضي الله عنه أنه كان يشرب النبيذ الشديد ويقول إنا لننحر الجزور وأن العتق منها لآل عمر ولا يقطعه إلا النبيذ الشديد.

ومنها: ما روينا عنه أنه كتب إلى عمار بن ياسر رضي الله عنهما أني أُتيتُ بشَرَابٍ من الشام طبخ حتى ذهب ثلثاه وبقي ثلثه يبقى حلاله ويذهب حرامه وريح جنونه فَمُرْ مَنْ قِبَلَكَ فليتوسعوا من أشربتهم[٤] نص على الحل ونبه على المعنى وهو زوال الشدة المسكرة بقوله: ويذهب ريح جنونه وندب إلى الشرب بقوله فليتوسعوا من أشربتهم.

ومنها: ما روي عن سيدنا علي رضي الله تعالى عنه أنه أضاف قوماً فسقاهم فسكر بعضهم فحده، فقال الرجل تسقيني ثم تحدني، فقال سيدنا علي رضي الله عنه إنما أحدك للسكر، وروي هذا المذهب عن عبد الله بن عباس وعبد الله بن سيدنا عمر رضي الله تعالى عنهما أنه قال حين سئل عن النبيذ: اشرب الواحد والاثنين والثلاثة، فإذا خفت السكر فدع.

وإذا ثبت الإحلال من هؤلاء الكبار من الصحابة الكرام رضي الله عنهم فالقول بالتحريم يرجع إلى تفسيقهم وأنه بدعة، ولهذا عد أبو حنيفة رضي الله عنه إحلال المثلث من شرائط مذهب السنة والجماعة، فقال في بيانها أن يفضل الشيخين ويحب الختنين وأن يرى المسح على الخفين وأن لا يحرم نبيذ الخمر لما أن في القول بتحريمه تفسيق كبار الصحابة رضي الله تعالى عنهم والكف عن تفسيقهم والإمساك عن الطعن فيهم من شرائط السنة والجماعة.

وأما ما ورد من الأخبار ففيها طعن ثم بها تأويل ثم قول بموجبها، أما الطعن فإن يحيى بن معين

---

(١) أخرجه أبو داود في «السنن» كتاب الأشربة باب النهي عن المسكر (٣٦٨١).
والترمذي في «السنن» كتاب الأشربة باب ما أسكر كثيره فقليله حرام (١٨٦٥) وقال حسن غريب من حديث جابر.
وابن ماجه في «السنن» كتاب الأشربة باب ما أسكر كثيرة فقليله حرام (٣٣٩٣).
وأحمد في «المسند» (٣/ ٣٤٣).
وابن الجارود في «المنتقى» (٨٦٠).
والبيهقي في «السنن الكبرى» (٨/ ٢٩٦).

(٢) انظر الذي قبله.

(٣) أخرجه الطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٤/ ٢١٩) مرفوعاً وموقوفاً على عمر رضي الله عنه.

(٤) أخرجه النسائي في «السنن» في كتاب الأشربة باب ذكر ما يجوز شربه من الطلاء وما لا يجوز (٨/ ٣٣٠).

رحمه الله قد ردها وقال لا تصح عن النبي عليه السلام وهو من نقلة الأحاديث فطعنه يوجب جرحاً في الحديثين.

وأما التأويل فهو: أنها محمولة على الشرب للتلهي توفيقاً بين الدلائل صيانة لها عن التناقض.

وأما القول بالموجب فهو: أن المسكر عندنا حرام، وهو القدح الأخير، لأن المسكر ما يحصل به الإسكار وأنه يحصل بالقدح الأخير وهو حرام قليله وكثيره وهذا قول بموجب الأحاديث إن ثبتت بحمد الله تعالى.

وأما قولهم: إن هذه الأشربة خمر لوجود معنى الخمر فيها وهو صفة مخامرة العقل، قلنا: اسم الخمر للنيء من ماء العنب إذا صار مسكراً حقيقة ولسائر الأشربة مجاز، لأن معنى الإسكار والمخامرة فيه كامل وفي غيره من الأشربة ناقص فكان حقيقة له مجازاً لغيره، وهذا لأنه لو كان حقيقة لغيره لكان الأمر لا يخلو من أحد وجهين. إما أن يكون اسماً مشتركاً، وإما أن يكون إسماً عاماً لا سبيل إلى الأول، لأن شرط الاشتراك اختلاف المعنى فالاسم المشترك ما يقع على مسميات مختلفة الحدود والحقائق كاسم العين ونحوها، وههنا ما اختلف ولا سبيل إلى الثاني لأن من شرط العموم أن تكون أفراد العموم متساوية في قبول المعنى الذي وضع له اللفظ لا متفاوتة ولم يوجد التساوي ههنا وإذا لم يكن بطريق الحقيقة تعين أنه بطريق المجاز فلا يتناولها مطلق اسم الخمر، والله أعلم.

وأما الجمهوري: فحكمه حكم المثلث لأنه مثلث يرق بصب الماء عليه ثم يطبخ أدنى طبخة لئلا يفسد.

وأما الخليطان: فحكمهما عند الاجتماع ما هو حكمهما عند الانفراد من النيء عنهما والمطبوخ وقد ذكرناه، وقد روي عن رسول الله ﷺ أنه نهى عن شرب التمر والزبيب جميعاً والزهو والرطب جميعاً[1]، وهو محمول على النيء والسكر منه والله عز وجل أعلم.

وروي أنه عليه السلام «**نهى عن نبيذ البسر والتمر والزبيب جميعاً**»[2] ولو طبخ أحدهما ثم صب قدح من النيء فيه أفسده؛ سواء كان من جنسه أو خلاف جنسه لأنه اجتمع الحلال والحرام فيغلب الحرام الحلال،

---

(١) أخرجه البخاري في «الصحيح» كتاب الأشربة باب من رأى أن لا يخلط البسر والتمر إذا كان مسكراً وأن لا يجعل إدامين في إدام (٥٦٠٢)، ومسلم في «الصحيح» كتاب الأشربة باب كراهة انتباذ التمر والزبيب مخلوطين (٥١٢٥، ٥١٢٦، ٥١٢٧، ٥١٢٨، ٥١٢٩).
والنسائي في «السنن» كتاب الأشربة باب خليط الزهو والرطب (٨/ ٢٨٩، ٢٩٠).
وابن ماجه في «السنن» كتاب الأشربة باب النهي عن الخليطين (٣٣٩٧).

(٢) أخرجه أحمد في «المسند» (٣/ ٢٩٤، ٣٠٠، ٣٠٢، ٣١٧، ٣٦٣، ٣٦٩).
والبخاري في «الصحيح» كتاب الأشربة باب من رأى أن لا يخلط البسر والتمر إذا كان مسكراً (٥٦٠١).
أخرجه مسلم في «الصحيح» كتاب الأشربة باب كراهة انتباذ التمر والزبيب مخلوطين (١٩٨٦).
والترمذي في «السنن» كتاب الأشربة باب ما جاء في خليط البسر والتمر (١٨٧٦).
والنسائي في «السنن» كتاب الأشربة باب خليط البسر والرطب (٨/ ٢٩٠).
وابن ماجه في «السنن» كتاب الأشربة باب النهي عن الخليطين (٣٣٩٥).

ولو خلط العصير بالماء فإن ترك حتى اشتد لا شك أنه لا يحل، وإن طبخ حتى ذهب ثلثاه ففيه نظر إن كان الماء هو الذي يذهب أولا بالطبخ يطبخ حتى يذهب قدر الماء ثم يطبخ العصير حتى يذهب ثلثاه فيحل، وإن كان الماء والعصير يذهبان معاً بالطبخ حتى يذهب ثلثا الجملة فلا يحل والله عز وجل أعلم.

وأما المزر والجعة والبتع وما يتخذ من السكر والتين ونحو ذلك فيحل شربه عند أبي حنيفة رضي الله عنه قليلاً كان أو كثيراً مطبوخاً كان أو نياً ولا يحد شاربه وإن سكر.

وروي عن محمد رحمه الله: أنه حرام بناء على أصله وهو أن ما أسكر كثيره فقليله حرام كالمثلث. وقال أبو يوسف رحمه الله ما كان من هذه الأشربة يبقى بعدما يبلغ عشرة أيام ولا يفسد فإني أكرهه، وكذا روي عن محمد ثم رجع أبو يوسف عن ذلك إلى قول أبي حنيفة رضي الله عنه.

وجه قول أبي يوسف الأول: إن بقاءه وعدم فساده بعد هذه المدة دليل شدته وشدته دليل حرمته.

وجه قول أبي حنيفة رحمه الله: أن الحرمة متعلقة بالخمرية لا تثبت إلا بشدة والشدة لا توجد في هذه الأشربة فلا تثبت الحرمة، والدليل على انعدام الخمرية أيضاً ما روينا عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال: الخمر من هاتين الشجرتين ذكر عليه الصلاة والسلام الخمر بلام الجنس فاقتضى اقتصار الخمرية على ما يتخذ من الشجرتين وإنما لا يجب الحد وإن سكر منه لأنه سكر حصل بتناول شيء مباح وأنه لا يوجب الحد كالسكر الحاصل من تناول البنج والخبز في بعض البلاد بخلاف ما إذا سكر بشرب المثلث أنه يجب الحد، لأن السكر هناك حصل بتناول المحظور وهو القدح الأخير.

وأما ظروف الأشربة المحرمة فيباح الشرب منها إذا غسلت إلا الخزف الجديد الذي يتشرب فيها على الاختلاف الذي عرف في كتاب الصلاة، والأصل فيه قول النبي عليه الصلاة والسلام: إني كنت نهيتكم عن الشرب في الدباء والحنتم والمزفت ألا فاشربوا في كل ظرف فإن الظروف لا تحل شيئاً ولا تحرمه.

وأما بيان حد السكر الذي يتعلق به وجوب الحد فقد اختلف في حده، قال أبو حنيفة رضي الله عنه: السكران الذي يحد هو الذي لا يعقل قليلاً ولا كثيراً ولا يعقل الأرض من السماء والرجل من المرأة، وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى ومحمد رحمه الله: السكران هو الذي يغلب على كلامه الهذيان.

وروي عن أبي يوسف أنه يمتحن بـ ﴿قُلْ يَا أَيُّهَا الكَافِرُون﴾[1] فيستقرأ فإن لم يقدر على قراءتها فهو سكران لما روي أن رجلاً صنع طعاماً فدعى سيدنا أبا بكر وسيدنا عمر وسيدنا عثمان وسيدنا علياً وسيدنا سعد بن أبي وقاص رضي الله عنهم فأكلوا وسقاهم خمراً وكان قبل تحريم الخمر فحضرتهم صلاة المغرب فأفهم واحد منهم فقرأ ﴿قُلْ يَا أَيُّهَا الكَافِرُونَ﴾[2] على طرح: لا أعبد ما تعبدون فنزل قوله تبارك وتعالى: ﴿يَا أَيُّها الَّذِينَ آمَنُوا لا تَقْرَبُوا الصَّلاَةَ وَأَنْتُمْ سُكَارَىٰ حَتَّى تَعْلَمُوا مَا تَقُولُونَ﴾[3] وهذا الامتحان غير سديد، لأن من السكارى من لم يتعلم هذه السورة من القرآن أصلاً، ومن تعلم فقد يتعذر عليه قراءتها في حالة الصحو

(١) سورة الكافرون، الآية: (١).
(٢) سورة الكافرون، الآية: (١).
(٣) سورة النساء، الآية: (٤٤).

خصوصاً من لا اعتناء له بأمر القرآن فكيف في حالة السكر، وقال الشافعي رحمه الله إذا شرب حتى ظهر أثره في مشيه وأطرافه وحركاته فهو سكران وهذا أيضاً غير سديد لأن هذا أمر لا ثبات له لأنه يختلف باختلاف أحوال الناس منهم من يظهر ذلك منه بأدنى شيء، ومنهم من لا يظهر فيه وإن بلغ به السكر غايته.

وجه قولهما: شهادة العرف والعادة فإن السكران في متعارف الناس اسم لمن هذى، وإليه أشار سيدنا علي رضي الله عنه بقوله: إذا سكر هذى وإذا هذى افترى وحد المفتري ثمانون، وأبو حنيفة عليه الرحمة يسلم ذلك في الجملة فيقول: أصل السكر يعرف بذلك لكنه اعتبر في باب الحدود ما هو الغاية في الباب احتيالاً للدرء المأمور به بقوله ﷺ: «**ادْرَؤُا الحُدودَ مَا استَطَعْتُم**»[١] ولا يعرف بلوغ السكر غايته إلا بما ذكر والله عز وجل أعلم.

---

(١) تقدم تخريجه.

كتاب الاستحسان

وقد يسمى كتاب الحظر والإباحة وقد يسمى كتاب الكراهة، والكلام في هذا الكتاب في الأصل في موضعين: في بيان معنى اسم الكتاب، وفي بيان أنواع المحظورات والمباحات المجموعة فيه.

أما الأول: فالاستحسان يذكر ويراد به كون الشيء على صفة الحسن ويذكر ويراد به فعل المستحسن وهو رؤية الشيء حسناً يقال: استحسنت كذا أي رأيته حسناً فاحتمل تخصيص هذا الكتاب بالتسمية بالاستحسان لاختصاص عامة ما أورد فيه من الأحكام بحسن ليس في غيرها ولكونها على وجه يستحسنها العقل والشرع.

وأما التسمية بالحظر والإباحة فتسمية طابقت معناها وافقت مقتضاها لاختصاصه ببيان جملة من المحظورات والمباحات، وكذا التسمية بالكراهة، لأن الغالب فيه بيان المحرمات وكل محرم مكروه في الشرع، لأن الكراهة ضد المحبة والرضا؛ قال الله تبارك وتعالى: ﴿**وعسى أن تكرهوا شيئاً وهو خير لكم وعسى أن تحبوا شيئاً وهو شر لكم**﴾[1] والشرع لا يحب الحرام ولا يرضى به إلا أن ما تثبت حرمته بدليل مقطوع به من نص الكتاب العزيز أو غير ذلك، فعادة محمد أنه يسميه حراماً على الإطلاق وما تثبت حرمته بدليل غير مقطوع به من أخبار الآحاد وأقاويل الصحابة الكرام رضي الله عنهم وغير ذلك يسميه مكروهاً، وربما يجمع بينهما فيقول: حرام مكروه إشعاراً منه أن حرمته ثبتت بدليل ظاهر لا بدليل قاطع.

وأما بيان أنواع المحرمات والمحللات المجموعة فيه فنقول:

وبالله تعالى التوفيق المحرمات المجموعة في هذا الكتاب في الأصل نوعان: نوع ثبتت حرمته في حق الرجال والنساء جميعاً؛ ونوع ثبتت حرمته في حق الرجال دون النساء.

أما الذي ثبتت حرمته في حق الرجال والنساء جميعاً، فبعضها مذكور في مواضعه في الكتب فلا نعيده ونذكر ما لا ذكر له في الكتب ونبدأ بما بدأ به محمد رحمه الله الكتاب وهو حرمة النظر والمس؛ والكلام فيها في ثلاث مواضع.

أحدها: في بيان ما يحل من ذلك ويحرم للرجل من المرأة والمرأة من الرجل.

والثاني: في بيان ما يحل ويحرم للرجل من الرجل.

والثالث: في بيان ما يحل ويحرم للمرأة من المرأة.

وأما الأول فلا يمكن الوصول إلى معرفته إلا بعد معرفة أنواع النساء فنقول وبالله تعالى التوفيق، النساء

---

(١) سورة البقرة، الآية: (٢١٦).

في هذا الباب سبعة أنواع: نوع منهن المنكوحات ونوع منهن المملوكات، ونوع منهن ذوات الرحم المحرم وهو الرحم المحرم للنكاح كالأم والبنت والعمة والخالة، ونوع منهن ذوات الرحم بلا محرم وهن المحارم من جهة الرضاع والمصاهرة، ونوع منهن مملوكات الأغيار، ونوع منهن من لا رحم لهن أصلاً ولا محرم وهن الأجنبيات الحرائر؛ ونوع منهن ذوات الرحم بلا محرم وهو الرحم الذي لا يحرم النكاح كبنت العم والعمة والخال والخالة.

أما النوع الأول: وهو المنكوحات فيحل للزوج النظر إلى زوجته ومسها من رأسها إلى قدمها لأنه يحل له وطؤها لقوله تعالى: ﴿**والذين هم لفروجهم حافظون إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم فإنهم غير ملومين**﴾[1] وإنه فوق النظر والمس فكان إحلالاً لهما من طريق الأولى إلا أنه لا يحل له وطؤها في حالة الحيض لقوله تبارك وتعالى: ﴿**ويسألونك عن المحيض قل هو أذى فاعتزلوا النساء في المحيض ولا تقربوهن حتى يطهرن**﴾[2] فصارت حالة الحيض مخصوصة عن عموم النص الذي تلونا، وهل يحل الاستمتاع بها فيما دون الفرج، اختلف فيه؛ قال أبو حنيفة وأبو يوسف رضي الله عنهما: يحل الاستمتاع بما فوق الإزار، وقال محمد رحمه الله يجتنب شعار الدم وله ما سوى ذلك.

واختلف المشايخ في تفسير قولهما بما فوق الإزار، قال بعضهم: المراد منه ما فوق السرة فيحل الاستمتاع بما فوق سرتها ولا يباح بما تحتها إلى الركبة، وقال بعضهم: المراد منه مع الإزار فيحل الاستمتاع بما تحت سرتها سوى الفرج لكن مع المئزر لا مكشوفاً ويمكن العمل بعموم قولهما بما فوق الإزار لأنه يتناول ما فوق السرة وما تحتها سوى الفرج مع المئزر إذ كل ذلك فوق الإزار فيكون عملاً بعموم اللفظ والله سبحانه وتعالى أعلم.

وجه قول محمد: ظاهر قوله تبارك وتعالى: ﴿**ويسألونكَ عن المحيضِ قُل هو أذى**﴾[3] جعل الحيض أذى فتختص الحرمة بموضع الأذى. وقد روي أن سيدتنا عائشة رضي الله عنها سألت عما يحل للرجل من امرأته الحائض. فقالت: يتقي شعار الدم وله ما سوى ذلك.

ووجه قولهما: ما روي عن رسول الله ﷺ أنه قال: «**لنا مَا تَحتَ السُّرة ولَهُ مَا فَوقها**»[4].

وروي «**أن أزواج النبـي عليه الصلاة والسلام كن إذا حضن أمرهـنَّ أن يتزرنَ ثم يضاجعهن**»[5]. ولأن الاستمتاع بها بما يقرب من الفرج سبب الوقوع في الحرام.

---

(١) سورة المعارج، الآية: (٢٩).

(٢) سورة البقرة، الآية: (٢٢٢).

(٣) سورة البقرة، الآية: (٢٢٢).

(٤) انظر «**مختصر الطحاوي**» صفحة (٢٢) و «**المدونة**» (١/ ٥٢) و «**الأم**» (١/ ٥٩) و «**المغني**» لابن قدامة (١/ ٢٤٢).

(٥) أخرجه أحمد في «**المسند**» (٦/ ٥٥، ١٧٤، ١٨٩، ٢٠٩) والبخاري في «**الصحيح**» كتاب الحيض باب مباشرة الحائض (٣٠٠) ومسلم في «**الصحيح**» كتاب الحيض باب مباشرة الحائض فوق الإزار (٢٩٣) وأبو داود في «**السنن**» كتاب الطهارة باب في الرجل يصيب منها ما دون الجماع (٢٦٨) والترمذي في «**السنن**» كتاب الطهارة باب ما جاء في مباشرة الحائض (١٣٢) والنسائي في «**السنن**» كتاب الحيض باب مباشرة الحائض (١/ ١٨٩). وابن ماجه في «**السنن**» كتاب الطهارة باب ما للرجل من المرأة إذا كانت حائضاً (٦٣٦).

قال رسول الله ﷺ: «**ألا إنّ لكلّ ملك حمى وإنّ حمى اللّهِ محارمُه فَمَنْ حَامَ حَولَ الحِمى يُوشِكُ أَنْ يَقَع فِيه**»[١]، وفي رواية «**من رتع حول الحمى يوشك أن يقع فيه**». والمستمتع بالفخذ يحوم حول الحمى ويرتع حوله فيوشك أن يقع فيه دل أن الاستمتاع به سبب الوقوع في الحرام وسبب الحرام حرام أصله الخلوة بالأجنبية.

وأما الآية الكريمة فحجة عليه لأن ما حول الفرج لا يخلو عن الأذى عادة فكان الاستمتاع به استعمال الأذى. وقول سيدتنا عائشة رضي الله عنها له ما سوى ذلك أي مع الأزار فحمل على هذا توفيقاً بين الدلائل صيانة لها عن التناقض.

وكذلك المرأة يحل لها النظر إلى زوجها واللمس من فرقه إلى قدمه لأنه حل لها ما هو أكثر من ذلك وهو التمكين من الوطء فهذا أولى، ويحل النظر إلى عين فرج المرأة المنكوحة لأن الاستمتاع به حلال فالنظر إليه أولى إلا أن الأدب غض البصر عنه من الجانبين، لما روي عن سيدتنا عائشة رضي الله عنها أنها قالت قبض رسول الله ﷺ وما نظرت إلى ما منه ولا نظر إلى ما مني ولا يحل إتيان الزوجة في دبرها لأن الله تعالى عز شأنه نهى عن قربان الحائض ونبه على المعنى وهو كون المحيض أذى والأذى في ذلك المحل أفحش وأذم فكان أولى بالتحريم.

وروي عن سيدنا عمر رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: «**مَنْ أتى حائضاً أو امرأة في دبرها أو أتى كاهناً فصدقه فيما يقول فهو كافر بما أنزل على محمد**» ﷺ[٢] نهى عن إتيان النساء في محاشهن أي أدبارهن وعلى ذلك جاءت الآثار من الصحابة الكرام رضي الله تعالى عنهم أنها سميت اللوطية الصغرى، ولأن حل الاستمتاع في الدنيا لا يثبت لحق قضاء الشهوات خاصة، لأن لقضاء الشهوات خاصة داراً أخرى وإنما يثبت لحق قضاء الحاجات وهي حاجة بقاء النسل إلى انقضاء الدنيا إلا أنه ركبت الشهوات في البشر للبعث على قضاء الحاجات وحاجة النسل لا تحتمل الوقوع في الأدبار، فلو ثبت الحل لثبت لحق قضاء الشهوة خاصة والدنيا لم تخلق له.

وأما النوع الثاني: وهن المملوكات فحكمهن حكم المنكوحات فيحل للمولى النظر إلى سائر بدن جاريته ومسها من رأسها إلى قدمها لأنه حل له ما هو أكثر منه لقوله عز وجل: ﴿**أو ما ملكت أيمانكم**﴾[٣] الآية إلا أن حالة الحيض صارت مخصوصة فلا يقربها في حالة الحيض ولا يأتي في دبرها لما ذكرنا من

---

(١) أخرجه أحمد في «المسند» (٤/ ٢٧٠) والبخاري في «الصحيح» كتاب البيوع باب الحلال بيّن والحرام بيّن وبينهما مشتبهات (٢٠٥١) وكتاب الإيمان باب فضل من استبرأ لدينه (٥٢) ومسلم في «الصحيح» كتاب المساقاة باب أخذ الحلال وترك الشبهات (١٥٩٩) وأبو داود في «السنن» كتاب البيوع باب اجتناب الشبهات (٣٣٢٩) والنسائي في «السنن» كتاب البيوع باب اجتناب الشبهات (٧/ ٢٤١) وكتاب الأشربة باب الحث على ترك الشبهات (٨/ ٣٢٧).
وابن ماجه في «السنن» كتاب الفتن باب الوقوف عند الشبهات (٣٣٣٠).

(٢) أخرجه الطحاوي (٣/ ٤٤) والترمذي في «جامعه» في الطهارة، باب كراهية اتيان الحائض برقم (١٣٥) وقال: «نعرف هذا الحديث إلا من حديث حكيم الأثرم.. وإنما معنى هذا عند أهل العلم على التغليظ وضعف محمد هذا الحديث من قبل إسناده».

(٣) سورة النساء، الآية: (٣).

الدلائل وفي الاستمتاع بها فيما دون الفرج على الاختلاف.

وكذا إذا ملكها بسائر أسباب الملك لا يحل له أن يقربها قبل أن يستبرئها.

والأصل فيه ما روي عن رسول الله ﷺ أنه قال في سبايا أوطاس: «ألا لا توطأ الحبالى حتى يضعن ولا الحبالى حتى يستبرئن بحيضة»[١] ولأن فيه خوف اختلاط المياه. وقد قال رسول الله ﷺ: «مَنْ كانَ يؤمنُ باللَّهِ واليومِ الآخرِ فَلا يَسْقِينَ ماءَهُ زَرْعَ غَيرِه»[٢]، وكذا فيه وهم ظهور الحبل بها فيدعيه ويستحقها فيتبين أنه يستمتع بملك الغير.

وأما الدواعي من القبلة والمعانقة والنظر إلى الفرج عن شهوة فلا يحل عند عامة العلماء إلا في المسبية، وقال مكحول رحمه الله يحل.

وجه قوله: أن الملك في الأصل مطلق التصرف، ولهذا لم تحرم الدواعي في المسبية ولا على الصائم فكان ينبغي أن لا يحرم القربان أيضاً إلا أن الحرمة عرفناها بالنص فتقتصر الحرمة على مورد النص على أن النص إن كان معلولاً بخوف اختلاط المياه، فهذا معنى لا يحتمل التعدية إلى الدواعي فلا يتعدى إليها.

وجه قول العامة: إن حرمة القربان إنما تثبت خوفاً عن توهم العلوق وظهور الحبل وعند الدعوة والاستحقاق يظهر أن الاستمتاع صادف ملك الغير وهذا المعنى موجود في الدواعي من المستبرأة بنحوها فيتعدى إليها ولا يتعدى في المسبية فيقتصر الحكم فيها على مورد النص، ولأن الاستمتاع بالدواعي وسيلة إلى القربان والوسيلة إلى الحرام حرام أصله الخلوة؛ وهذا أولى لأن الخلوة في التوسل إلى الحرام دون المس فكان تحريمها تحريماً للمس بطريق الأولى كما في تحريم التأفيف من الضرب والشتم، ومن اعتمد على هذه النكتة منع فضل المسبية، وزعم أن لا نص فيها عن أصحابنا وهو غير سديد فإن حل الدواعي من المسبية منصوص عليه من محمد رحمه الله فلا يستقيم المنع فكان الصحيح هو العلة الأولى وحرمة الدواعي في باب الظهار والإحرام ثبت لمعنى آخر ذكرناه في كتاب الحج والظهار.

وأما النوع الثالث: وهو ذات الرحم المحرم فيحل للرجل النظر من ذوات محارمه إلى رأسها وشعرها وأذنيها وصدرها وعضدها وثديها وساقها وقدمها لقوله تبارك وتعالى: ﴿ولا يبدين زينتهن إلا لبعولتهن أو آبائهن﴾[٣] الآية نهاهن سبحانه وتعالى عن إبداء الزينة مطلقاً واستثنى سبحانه إبداءها للمذكورين في الآية الكريمة منهم ذو الرحم المحرم والاستثناء من الحظر إباحة في الظاهر، والزينة نوعان: ظاهرة وهو الكحل في العين والخاتم في الأصبع والفتخة للرجل، وباطنة وهو العصابة للرأس والعقاص للشعر والقرط للأذن والحمائل للصدر والدملوج للعضد والخلخال للساق، والمراد من الزينة مواضعها لا نفسها لأن إبداء نفس الزينة ليس بمنهي، وقد ذكر سبحانه وتعالى الزينة مطلقة فيتناول النوعين جميعاً فيحل النظر إليها بظاهر النص، ولأن المخالطة بين المحارم للزيارة وغيرها ثابتة عادة فلا يمكن صيانة مواضع الزينة عن الكشف إلا

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) سورة النور، الآية: (٣١).

بحرج وأنه مدفوع شرعاً، وكل ما جاز النظر إليه منهن من غير حائل جاز مسه، لأن المحرم يحتاج إلى إركابها وإنزالها في المسافرة معها وتتعذر صيانة هذه المواضع عن الانكشاف فيتعذر على المحرم الصيانة عن مس المكشوف، ولأن حرمة النظر إلى هذه المواضع ومسها من الأجنبيات إنما ثبت خوفاً عن حصول الشهوة الداعية إلى الجماع، والنظر إلى هذه الأعضاء ومسها في ذوات المحارم لا يورث الشهوة لأنهما لا يكونان للشهوة عادة بل للشفقة، ولهذا جرت العادة فيما بين الناس بتقبيل أمهاتهم وبناتهم.

وقد روي أن رسول الله ﷺ: «**كان إذا قدم من الغزو قبّل رأس السيدة فاطمة رضي الله عنها**»[1]، وهذا إذا لم يكن النظر والمس عن شهوة ولا غلب على ظنه أنه لا يشتهي، فأما إذا كان يشتهي أو كان غالب ظنه وأكبر رأيه أنه لو نظر أو مس اشتهى لم يجز له النظر والمس، لأنه يكون سبباً للوقوع في الحرام فيكون حراماً ولا بأس أن يسافر بها إذا أمن الشهوة، لما روي عن رسول الله ﷺ أنه قال: «**لا يحلّ لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تسافر ثلاثاً فما فوقها إلا ومعها زوجُها أو ذو رحمٍ مَحرَمٍ منها**» ولأن الذي يحتاج المحرم إليه في السفر مسها في الحمل والإنزال ويحل له مسها فتحل المسافرة معها، وكذا لا بأس أن يخلو بها إذا أمن على نفسه لأنه لما حل المس فالخلوة أولى، فإن خاف على نفسه لم يفعل، لما روي عن رسول الله ﷺ أنه قال: «**لا يخلون الرجل بمغيبة وإن قبل حموها ألا حموها الموت**» وهو محمول على حالة الخوف أو يكون نهي ندب وتنزيه والله أعلم.

ولا يحل النظر إلى بطنها وظهرها وإلى ما بين السرة والركبة منها ومسها، لعموم قوله تبارك وتعالى: ﴿**قل للمؤمنين يغضوا من أبصارهم**﴾[2] الآية، إلا أنه سبحانه وتعالى رخص النظر للمحارم إلى مواضع الزينة الظاهرة والباطنة بقوله عز شأنه: ﴿**ولا يبدين زينتهن إلا لبعولتهن أو آبائهن**﴾[3] الآية فبقي غض البصر عما وراءها مأموراً به وإذا لم يحل النظر فالمس أولى، لأنه رخصة النظر إلى مواضع الزينة للحاجة التي ذكرناها ولا حاجة إلى النظر إلى ما وراءها فكان النظر إليها بحق الشهوة وإنه حرام، ولأن الله تبارك وتعالى جعل الظهار منكراً من القول وزوراً، والظهار ليس إلا تشبيه المنكوحة بظهر الأم في حق الحرمة ولو لم يكن ظهر الأم حرام النظر والمس لم يكن الظهار منكراً من القول وزوراً فيؤدي إلى الخلف في خبر من يستحيل عليه الخلف.

هذا إذا كانت هذه الأعضاء مكشوفة، فأما إذا كانت مستورة بالثياب واحتاج ذو الرحم المحرم إلى إركابها وإنزالها فلا بأس بأن يأخذ بطنها أو ظهرها أو فخذها من وراء الثوب إذا كان يأمن على نفسه لما ذكرنا أن مس ذوات الرحم المحرم لا يورث الشهوة عادة خصوصاً من وراء الثوب حتى لو خاف الشهوة في المس لا يمسه وليجتنب ما استطاع، وكل ما يحل للرجل من ذوات الرحم المحرم منه من النظر والمس يحل للمرأة ذلك من ذي رحم محرم منها وكل ما يحرم عليه يحرم عليها والله عز وجل أعلم.

وأما النوع الرابع: وهو ذوات المحرم بلا رحم فحكمهن حكم ذوات الرحم المحرم وقد ذكرناه.

---

(١) أخرجه بمعناه أبو داود والترمذي والنسائي عن عائشة بسند صحيح كما في الترخيص بالقيام (ص: ٤٢ ـ ٤٣).

(٢) سورة النور، الآية: (٣٠).

(٣) سورة النور، الآية: (٣١).

والأصل فيه قول النبي عليه الصلاة والسلام: «يَحرُمُ مِنَ الرَّضَاعِ مَا يَحْرمُ مِنَ النَّسبِ»[(١)].

وروي أن أفلح بن أبـي قيس رحمه الله استأذن أن يدخل على سيدتنا عائشة رضي الله تعالى عنها فسألت رسول الله ﷺ عن ذلك، فقال عليه السلام: «ليلجْ عليكِ فإنّه عمك أرضعتك امرأة أخيهِ»[(٢)].

وأما النوع الخامس: وهو مملوكات الأغيار فحكمهن أيضاً في حل النظر والمس وحرمتهما حكم ذوات الرحم المحرم فيحل النظر إلى مواضع الزينة منهن ومسها ولا يحل ما سوى ذلك.

والأصل فيه ما روي أن رسول الله ﷺ مس ناصية أمة ودعا لها بالبركة.

وروي أن سيدنا عمر رضي الله تعالى عنه رأى أمة متقنعة فعلاها بالدرة وقال: «ألقي عنكِ الخِمَار يا دفار أتتشبهين بالحرائر»[(٣)]، فدل على حل النظر إلى رأسها وشعرها وأذنها.

وروي عن سيدنا عمر رضي الله تعالى عنه أنه مر بجارية تعرض على البيع فضرب بيده على صدرها، وقال: اشتروا ولو كان حراماً لم يتوهم منه رضي الله عنه أن يمسها، ولأن بالناس حاجة إلى النظر إلى هذه المواضع ومسها عند البيع والشراء لمعرفة بشرتها من اللين والخشونة ونحو ذلك لاختلاف قيمتها باختلاف أطرافها فألحقت بذوات الرحم المحرم دفعاً للحرج عن الناس، ولهذا يحل بهن المسافرة بلا محرم ولا حاجة إلى المس والنظر إلى غيرها لأنها تصير معلومة بالنظر إلى الأطراف ومسها، وهذا إذا أمن على نفسه الشهوة.

فإن لم يأمن وخاف على نفسه أن يشتهي لو نظر أو مس فلا بأس أن ينظر إليها، وإن اشتهى إذا أراد أن يشتريها فلا بد له من النظر لما قلنا فيحتاج إلى النظر فصار النظر من المشتري بمنزلة النظر من الحاكم والشاهد والمتزوج فلا بأس بذلك، وإن كان عن شهوة فكذا هذا، وكذا لا بأس له أن يمس، وإن اشتهى إذا أراد أن يشتريها عند أبـي حنيفة رضي الله عنه.

وروي عن محمد رحمه الله: أنه يكره للشاب مس شيء من الأمة، والصحيح قول أبـي حنيفة رضي الله عنه، لأن المشتري يحتاج إلى العلم ببشرتها ولا يحصل ذلك إلا باللمس فرخص للضرورة، وكذا يحل للأمة النظر والمس من الرجل الأجنبـي ما فوق السرة ودون الركبة إلا أن تخاف الشهوة فتجنب كالرجل وكل جواب عرفته في القِنة فهو الجواب في المدبرة وأم الولد لقيام الرق فيهما.

وأما النوع السادس: وهو الأجنبيات الحرائر فلا يحل النظر للأجنبـي من الأجنبية الحرة إلى سائر بدنها إلا الوجه والكفين لقوله تعالى: ﴿قل للمؤمنين يغضوا من أبصارهم﴾[(٤)] إلا أن النظر إلى مواضع الزينة

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) أخرجه عبد الرزاق في «مصنفه» بإسناد صحيح كما في «الدراية» صفحة (٦٨) ورواه ابن أبـي حاتم بسند صحيح أيضاً عن أنس رضي الله عنه قال: «رأى عمر رضي الله عنه أمةً عليها جلباب. فقال: عتقت؟ قالت: لا قال: ضعيه على رأسك إنما الجلباب على الحرائر فتلكأت فقام إليها بالدرة فضرب رأسها حتى ألقته».

(٤) سورة النور، الآية: (٣٠).

الظاهرة وهي الوجه والكفان، رخص بقوله تعالى: ﴿ولا يبدين زينتهن إلا ما ظهر منها﴾[١] والمراد من الزينة مواضعها، ومواضع الزينة الظاهرة الوجه والكفان فالكحل زينة الوجه والخاتم زينة الكف، ولأنها تحتاج إلى البيع والشراء والأخذ والعطاء ولا يمكنها ذلك عادة إلا بكشف الوجه والكفين فيحل لها الكشف، وهذا قول أبي حنيفة رضي الله عنه، وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله أنه يحل النظر إلى القدمين أيضاً.

وجه هذه الرواية: ما روي عن سيدتنا عائشة رضي الله تعالى عنها في قوله تبارك وتعالى: ﴿إلا ما ظهر منها﴾[٢] القلب والفتخة وهي خاتم أصبع الرجل فدل على جواز النظر إلى القدمين، ولأن الله تعالى نهى عن إبداء الزينة واستثنى ما ظهر منها والقدمان ظاهرتان، الا ترى أنهما يظهران عند المشي فكانا من جملة المستثنى من الحظر فيباح إبداؤهما.

وجه ظاهر الرواية: ما روي عن عبد الله بن عباس رضي الله عنهما أنه قال في قوله جل شأنه: ﴿إلا ما ظهر منها﴾[٣] إنه الكحل والخاتم، وروي عنه في رواية أخرى أنه قال: الكف والوجه فيبقىٰ ما وراء المستثنى على ظاهر النهي، ولأن إباحة النظر إلى وجه الأجنبية وكفيها للحاجة إلى كشفها في الأخذ والعطاء ولا حاجة إلى كشف القدمين فلا يباح النظر إليهما ثم إنما يحل النظر إلى مواضع الزينة الظاهرة منها من غير شهوة، فأما عن شهوة فلا يحل لقوله عليه الصلاة والسلام: «العينانِ تَزنيان»[٤] وليس زنا العينين إلا النظر عن شهوة ولأن النظر عن شهوة سبب الوقوع في الحرام فيكون حراماً إلا في حالة الضرورة بأن دعى إلى شهادة أو كان حاكماً فأراد أن ينظر إليها ليجيز إقرارها عليها فلا بأس أن ينظر إلى وجهها وإن كان لو نظر إليها لاشتهى أو كان أكبر رأيه ذلك لأن الحرمات قد يسقط اعتبارها لمكان الضرورة.

الا ترى أنه خص النظر إلى عين الفرج لمن قصد إقامة ... الشهادة على الزنا، ومعلوم أن النظر إلى الفرج في الحرمة فوق النظر إلى الوجه، ومع ذلك سقطت حر... لمكان الضرورة فهذا أولى، وكذا إذا أراد أن يتزوج امرأة فلا بأس أن ينظر إلى وجهها، وإن كان عن شهوة، لأن النكاح بعد تقديم النظر أدل على الألفة والموافقة الداعية إلى تحصيل المقاصد، على ما قال النبي عليه الصلاة والسلام للمغيرة بن شعبة رضي الله عنه حين أراد أن يتزوج امرأة: «اذهب فانظر إليها فإنه أحرى أن يدوم بينكما»[٥] دعاه عليه الصلاة والسلام إلى

---

(١) سورة النور، الآية: (٣١).

(٢) سورة النور، الآية: (٣١).

(٣) سورة النور، الآية: (٣١).

(٤) اخرجه أحمد في «المسند» (٢/ ٤١١، ٣١٧).
والبخاري في «الصحيح» بمعناه في كتاب الاستئذان باب زنى الجوارح دون الفرج (٦٢٤٣) موقوفاً وكتاب القدر باب ﴿وحرام على قرية أهلكناها أنهم لا يرجعون﴾ (٦٦١٢) وعلقه بعد حديث (٦٦١٢).

(٥) اخرجه أحمد في «المسند» (٤/ ٢٤٤، ٢٤٦).
والترمذي في «السنن» كتاب النكاح باب ما جاء في النظر إلى المخطوبة وقال: حديث حسن (١٠٨٧).
والنسائي في «السنن» كتاب النكاح باب إباحة النظر قبل التزويج (٦/ ٦٩).
وابن ماجه في «السنن» كتاب النكاح باب النظر إلى المرأة إذا أراد أن يتزوجها (١٨٦٥).
والدارقطني في «السنن» كتاب النكاح باب المهر (٣/ ٢٥٢).

النظر مطلقاً، وعلل عليه الصلاة والسلام بكونه وسيلة إلى الألفة والموافقة.

وأما المرأة فلا يحل لها النظر من الرجل الأجنبي ما بين السرة إلى الركبة ولا بأس أن تنظر إلى ما سوى ذلك إذا كانت تأمن على نفسها.

والأفضل للشاب غض البصر عن وجه الأجنبية، وكذا الشابة لما فيه من خوف حدوث الشهوة والوقوع في الفتنة يؤيده المروي عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنهما أنه قال في قوله تبارك وتعالى: ﴿**إلا ما ظهر منها**﴾[1] أنه الرداء والثياب فكان غض البصر وترك النظر أزكى وأطهر، وذلك قوله عز وجل: ﴿**قل للمؤمنين يغضوا من أبصارهم ويحفظوا فروجهم ذلك أزكى لهم**﴾[2].

وروي أن أعميين دخلا على رسول الله ﷺ وعنده بعض أزواجه سيدتنا عائشة رضي الله تعالى عنها وأخرى فقال لهما: «**قوما**»، فقالتا: إنهما أعميان يا رسول الله فقال لهما: «**أَعَمْيَاوَان أنتما**»[3] إلا إذا لم يكونا من أهل الشهوة بأن كانا شيخين كبيرين لعدم احتمال حدوث الشهوة فيهما والعبد فيما ينظر إلى مولاته كالحر الذي لا قرابة بينه وبينها سواء، وكذا الفحل والخصي والعنين والمخنث إذا بلغ مبلغ الرجال سواء لعموم قوله تبارك وتعالى: ﴿**قل للمؤمنين يغضوا من أبصارهم**﴾[4] وإطلاق قوله عز شأنه: ﴿**ولا يبدين زينتهن إلا ما ظهر منها**﴾[5] ولأن الرق والخصاء لا يعدمان الشهوة، وكذا العنة والخنوثة.

أما الرق فظاهر وأما الخصاء فإن الخصي رجل إلا أنه مثل به، إلى هذا أشارت سيدتنا عائشة رضي الله عنها فقالت: إنه رجل مثل به أفتحل له المثلة ما حرم الله تبارك وتعالى على غيره.

وأما العنة والخنوثة فالعنين والمخنث رجلان، فإن قيل: أليس إن المملوك بملك اليمين للمرأة مستثنى من قوله جل وعلا: ﴿**ولا يبدين زينتهن إلا لبعولتهن**﴾[6] إلى قوله عز شأنه: ﴿**أو ما ملكت أيمانهن**﴾[7] من غير فصل بين العبد والأمة والاستثناء من الحظر إباحة، فالجواب أن قوله سبحانه وتعالى: ﴿**أو ما ملكت أيمانهن**﴾[8] ينصرف إلى الإماء، لأن حكم العبيد صار معلوماً بقوله سبحانه وتعالى: ﴿**أو التابعين غير أولي الإربة من الرجال**﴾[9] إذ العبد من جملة التابعين من الرجال فكان قوله عز شأنه: ﴿**أو ما ملكت**

---

(١) سورة النور، الآية: (٣١).
(٢) سورة النور، الآية: (٣١).
(٣) أخرجه أحمد في «المسند» (٦/٢٩٦) وأبو داود في «السنن» كتاب اللباس باب في قوله عز وجل: ﴿وقل للمؤمنات يغضضن من أبصارهن﴾ (٤١١٢) والترمذي في «السنن» كتاب الأدب باب ما جاء في احتجاب النساء من الرجال (٢٧٧٨) والبيهقي (٧/٩١، ٩٢) من «السنن الكبرى» وفيه نبهان مولى أم سلمة.
(٤) سورة النور، الآية: (٣٠).
(٥) سورة النور، الآية: (٣١).
(٦) سورة النور، الآية: (٣١).
(٧) سورة النور، الآية: (٣١).
(٨) سورة النور، الآية: (٣١).
(٩) سورة النور، الآية: (٣١).

أيمانهن﴾[١] مصروفاً إلى الإماء لئلا يؤدي إلى التكرار.

فإن قيل: حكم الإماء صار معلوماً بقوله تبارك وتعالى: ﴿أو التابعين﴾[٢] فالصرف إليهن يؤدي إلى التكرار أيضاً، فالجواب أن المراد بالنساء الحرائر فوقعت الحاجة إلى تعريف حكم الإماء فأبان بقوله جل شأنه: ﴿أو ما ملكت أيمانهن﴾[٣] إن حكم الحرة والأمة فيه سواء.

وروي عن سيدتنا عائشة رضي الله عنها أنها قالت: كان يدخل على نساء رسول الله ﷺ مخنث فكانوا يعدونه من غير أولى الإربة فدخل رسول الله ﷺ ذات يوم وهو ينعت امرأة فقال: «**لا أرى هذا يعلم ما ههنا لا يدخل عليكنّ**» فحجبوه[٤].

وكذا روي أن رسول الله ﷺ دخل على أم سلمة رضي الله عنها وعندها مخنث فأقبل على أخي أم سلمة فقال: يا عبد الله إن فتح الله عليكم غداً الطائف دللتك على بنت غيلان فإنها تقبل بأربع وتدبر بثمان، فقال عليه الصلاة والسلام: «**لا أرى يعرف هذا ما ههنا لا يدخلن عليكم هذا**»[٥] إذا بلغ الأجنبي مبلغ الرجال، فإن كان صغيراً لم يظهر على عورات النساء ولا يعرف العورة من غير العورة فلا بأس لهن من إبداء الزينة لهم لقوله جل وعلا: ﴿**أو الطفل الذين لم يظهروا على عورات النساء**﴾ مستثنى من قوله عز شأنه: ﴿**ولا يبدين زينتهن**﴾ إلا لمن ذكر والطفل في اللغة الصبي ما بين أن يولد إلى أن يحتلم.

وأما الذي يعرف التمييز بين العورة وغيرها وقرب من الحلم فلا ينبغي لها أن تبدي زينتها له، ألا ترى أن مثل هذا الصبي أمر بالاستئذان في بعض الأوقات بقوله تبارك وتعالى: ﴿**والذين لم يبلغوا الحلم منكم ثلاث مرات**﴾ إلا إذا لم يكونا من أهل الشهوة بأن كانا شيخين كبيرين لعدم احتمال حدوث الشهوة فيهما، وروي أن أعميين دخلا على سيدنا رسول الله ﷺ وعنده بعض أزواجه سيدتنا عائشة وأخرى فقال لهما:

---

(١) سورة النور، الآية: (٣١).

(٢) سورة النور، الآية: (٣١).

(٣) سورة النور، الآية: (٣١).

(٤) أخرجه أحمد في «المسند» (٦/ ١٥٢) والبخاري في
ومسلم في «الصحيح» كتاب السلام باب منع مخنث من الدخول على النساء الأجانب (٢١٨١).
وأبو داود في «السنن» كتاب اللباس باب في قوله: ﴿غير أولي الإربة﴾ (٤١٠٧، ٤١٠٨).
والنسائي في «عشرة النساء» (٣٦٤، ٣٦٥).
وابن ماجه في «السنن» كتاب الحدود باب المخنثين (٢٦١٤).
والبيهقي في «السنن الكبرى» (٧/ ٩٦) عن عائشة رضي الله عنها.

(٥) وأخرجه البخاري في «الصحيح» كتاب المغازي باب غزوة الطائف (٤٣٢٤) والنكاح باب ما ينهى من دخول المتشبهين بالنساء على المرأة (٥٢٣٥) واللباس باب إخراج المتشبهين بالنساء من البيوت (٥٨٨٧) ومسلم في «الصحيح» كتاب السلام باب منع المخنث من الدخول على النساء (٣٢).
وأبو داود في «السنن» كتاب الأدب باب في الحكم في المخنثين (٤٩٢٩).
وأحمد في «المسند» (٦/ ٢٩٠) والحميدي في «مسنده» (٢٩٧).
وابن ماجه في «السنن» كتاب النكاح باب في حق المخنثين (١٩٠٢).

«قوما» فقالتا: «إنما أعميان يا رسول الله» فقال: «**أعمياوان أنتما**»[١] هذا حكم النظر إلى الوجه والكفين.

وأما حكم مس هذين العضوين فلا يحل مسهما، لأن حل النظرين للضرورة التي ذكرناها ولا ضرورة إلى المس مع ما إن المس في بعث الشهوة وتحريكها فوق النظر وإباحة أدنى الفعلين لا يدل على إباحة أعلاهما، هذا إذا كانا شابين فإن كانا شيخين كبيرين فلا بأس بالمصافحة لخروج المصافحة منهما من أن تكون مورثة للشهوة لانعدام الشهوة.

وقد روي: «**أن رسول الله ﷺ كان يصافح العجائز**»[٢] ثم إنما يحرم النظر من الأجنبية إلى سائر أعضائها سوى الوجه والكفين أو القدمين أيضاً على اختلاف الروايتين إذا كانت مكشوفة، فأما إذا كانت مستورة بالثوب، فإن كان ثوبها صفيقاً لا يلتزق ببدنها فلا بأس أن يتأملها ويتأمل جسدها لأن المنظور إليه الثوب، وإن كان ثوبها رقيقاً يصف ما تحته ويشف أو كان صفيقاً لكنه يلتزق ببدنها حتى يستبين له جسدها فلا يحل له النظر لأنه إذا استبان جسدها كانت كاسية صورة عارية حقيقة، وقد قال النبي ﷺ: «**لَعَنَ اللَّهُ الكَاسِيَاتِ العَارياتِ**»[٣].

وروي عن سيدتنا عائشة رضي الله عنها أنها قالت: دخلت على أختي السيدة أسماء وعليها ثياب شامية رِقاقٌ وهي اليوم عندكم صِفاقٌ، فقال رسول الله ﷺ: «**هذه ثياب تمجها سورة النور**» فأمر بها فأخرجت فقلت: يا رسول الله زارتني أختي فقلت لها ما قلت، فقال: «**يا عائشة إن المرأة إذا حاضت لا ينبغي أن يرى منها إلا وجهها وكفاها**»[٤] فإن ثبت هذا من النبي عليه الصلاة والسلام كان تفسيراً لقوله عز وجل: ﴿**إِلاَّ مَا ظَهَرَ مِنْهَا**﴾[٥] فدل على صحة ظاهر الرواية أن الحرة لا يحل النظر منها إلا إلى وجهها وكفيها والله سبحانه وتعالى أعلم.

وأما النوع السابع: وهو ذوات الرحم بلا محرم فحكمهن حكم الأجنبيات الحرائر لعموم الأمر بغض البصر والنهي عن إبداء زينتهن إلا للمذكورين في مخل الاستثناء وذو الرحم بلا محرم غير مذكور في المستثنىٰ فبقيت منهية عن إبداء الزينة له والله سبحانه وتعالى أعلم.

وأما الثاني: وهو ما يحل من ذلك ويحرم للرجل من الرجل لنقول وبالله التوفيق يحل للرجل أن

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) قال الحافظ ابن حجر في «التلخيص»: وروى الطبراني من حديث معقل بن يسار: «**أن النبي ﷺ كان يصافح النساء في بيعة الرضوان من تحت الثوب**» اهـ وساق أحاديث صحاح معارضة له كثيرة (٤/١٨٧). و(٦/٣٩) من «**مجمع الزوائد**» وقال الهيثمي وفيه عتاب بن حرب وهو ضعيف.
وقال في «**الميزان**» «سمع منه الفلاس وضعفه جداً» (٣/٢٧) (٥٤٦٧).

(٣) أخرجه أحمد في «**المسند**» (٢/٣٥٥، ٣٥٦، ٤٤٠).
ومسلم في «**الصحيح**» كتاب اللباس والزينة باب النساء الكاسيات العاريات المائلات المميلات (٢١٢٨).
والبيهقي في «**السنن الكبرى**» (٢/٢٣٤).
وابن حبان في «**صحيحه**» كتاب إخباره ﷺ عن مناقب الصحابة باب وصف الجنة وأهلها (٧٤٦١).

(٤) أخرجه أبو داود في «**السنن**» كتاب اللباس باب في قوله: ﴿**وليضربن بخمرهنّ على جيوبهن**﴾.

(٥) سورة النور، الآية: (٣١).

ينظر من الرجل الأجنبي إلى سائر جسده إلا ما بين السرة والركبة إلا عند الضرورة فلا بأس أن ينظر الرجل من الرجل إلى موضع الختان ليختنه ويداويه بعد الختن.

وكذا إذا كان بوضع العورة من الرجل قرح أو جرح أو وقعت الحاجة إلى مداواة الرجل ولا ينظر إلى الركبة ولا بأس بالنظر إلى السرة فالركبة عورة والسرة ليست بعورة عندنا، وعند الشافعي على العكس من ذلك.

والصحيح قولنا؛ لما روي عن رسول الله ﷺ أنه قال: «**ما تحت السرة عورة**»[١] والركبة ما تحتها فكانت عورة إلا أن ما تحت الركبة صار مخصوصاً فبقيت الركبة تحت العموم ولأن الركبة عضو مركب من عظم الساق والفخذ على وجه يتعذر تمييزه والفخذ من العورة والساق ليس من العورة، فعند الاشتباه يجب العمل بالاحتياط وذلك فيما قلنا بخلاف السرة لأنه اسم لموضع معلوم لا اشتباه فيه.

وقد روي عن سيدنا عمر رضي الله عنه أنه كان إذا اتزر أبدى سرته، ولو كانت عورة لما احتمل منه كشفها هذا حكم النظر.

وأما حكم المس فلا خلاف في أن المصافحة حلال لقوله عليه السلام: «**تصافحوا تحابوا**»[٢] وروي عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال: «**إذا لقي المؤمن أخاه فصافحه تناثرت ذنوبه**»[٣] ولأن الناس يتصافحون في سائر الأعصار في العهود والمواثيق فكانت سنة متوارثة، واختلف في القبلة والمعانقة قال أبو حنيفة رضي الله عنه ومحمد رحمه الله يكره للرجل أن يقبل فم الرجل أو يده أو شيئاً منه أو يعانقه، وروي عن أبي يوسف رحمه الله أنه لا بأس به.

ووجهه ما روي أنه: «**لما قدم جعفر بن أبي طالب رضي الله عنه من الحبشة عانقه سيدنا رسول الله ﷺ وقبل بين عينيه**»[٤] وأدنى درجات فعل النبي الحل، وكذا روي أن أصحاب رسول الله ﷺ: «**كانُوا إذَا رَجَعُوا مِنْ أَسْفَارِهم كان يُقبِّل بعضهم بَعْضاً ويُعَانِقُ بعضُهم بَعضاً**»[٥].

---

(١) أخرجه الحاكم في «المستدرك» وسكت عليه وتعقبه الذهبي فقال: أظنه موضوعاً فإسحاق متروك وأصرم متهم بالكذب. (٥٦٨/٣).

(٢) أخرجه أحمد في «المسند» (١٩٨/٣) والترمذي في «السنن» كتاب الاستئذان باب ما جاء في المصافحة (٢٧٢٩) قال أبو عيسى: هذا حديث حسن وابن ماجه في «السنن» كتاب الأدب باب المصافحة (٣٧٠٢).
ذكره المزي في «تهذيب الكمال» (٤٤٧/٧) ت (١٥٦٢) وذكر هذا الحديث في مناكيره.

(٣) أخرجه بمعناه: أبو داود في «السنن» كتاب الأدب باب المصافحة (٥٢١١).
قال المنذري في «مختصر السنن» (٧٩/٨) في إسناده اضطراب.

(٤) أخرجه الطبراني في «الكبير» و «الأوسط» و «الصغير» كما في «مجمع الزوائد»: وفي رجال الكبير أنس بن سالم قال الهيثمي: لم أعرفه، وبقية رجاله ثقات. (٢٧١/٩) والحاكم في «المستدرك» (٢٠٨/٣) وسكت عنه وتعقبه الذهبي في «التلخيص»: قلت: مع انقطاعه فيه الواقدي.
والبيهقي في «السنن الكبرى» (١٠١/٧) مرسلاً عن الشعبي وموصولاً عن عبد الله بن جعفر وقال: والمحفوظ هو الأول مرسل.

(٥) أخرجه الطبراني في «الأوسط» كما في «مجمع الزوائد» وقال الهيثمي: ورجاله رجال الصحيح (عن أنس) بلفظ: «وإذا قدموا من سفر تعانقوا».

واحتجا بما روي أنه سئل رسول الله ﷺ فقيل: أيقبل بعضنا بعضاً، فقال: لا، فقيل: أيعانق بعضنا بعضاً، فقال عليه الصلاة والسلام: «لا»، فقيل أيصافح بعضنا بعضاً، فقال عليه الصلاة والسلام: «نعم»[١].

وذكر الشيخ أبو منصور رحمه الله أن المعانقة إنما تكره إذا كانت شبيهة بما وضعت للشهوة في حالة التجرد، فأما إذا قصد بها المبرة والإكرام فلا تكره وكذا التقبيل الموضوع لقضاء الوطر والشهوة هو المحرم فإذا زال عن تلك الحالة أبيح، وعلى هذا الوجه الذي ذكره الشيخ يحمل الحديث الذي احتج به أبو يوسف رحمه الله والله أعلم بالصواب.

وأما الثالث: وهو بيان ما يحل من ذلك وما يحرم للمرأة من المرأة فكل ما يحل للرجل أن ينظر إليه من الرجل يحل للمرأة أن تنظر إليه من المرأة وكل ما لا يحل له لا يحل لها فتنظر المرأة من المرأة إلى سائر جسدها إلا ما بين السرة والركبة لأنه ليس في نظر المرأة إلى المرأة خوف الشهوة والوقوع في الفتنة كما ليس ذلك في نظر الرجل إلى الرجل حتى لو خافت ذلك تجتنب عن النظر كما في الرجل ولا يجوز لها أن تنظر ما بين سرتها إلى الركبة إلا عند الضرورة بأن كانت قابلة فلا بأس لها أن تنظر إلى الفرج عند الولادة، وكذا لا بأس أن تنظر إليه لمعرفة البكارة في امرأة العنين والجارية المشتراة على شرط البكارة إذا اختصما.

وكذا إذا كان بها جرح أو قرح في موضع لا يحل للرجال النظر إليه فلا بأس أن تداويها إذا علمت المداواة فإن لم تعلم تعلم ثم تداويها فإن لم توجد امرأة تعلم المداواة ولا امرأة تتعلم وخيف عليها الهلاك أو بلاء أو وجع لا تحتمله يداويها الرجل لكان لا يكشف منها إلا موضع الجرح ويغض بصره ما استطاع، لأن الحرمات الشرعية جاز أن يسقط اعتبارها شرعاً لمكان الضرورة كحرمة الميتة وشرب الخمر حالة المخمصة والإكراه لكن الثابت بالضرورة لا يعدو موضع الضرورة؛ لأن علة ثبوتها الضرورة والحكم لا يزيد على قدر العلة، هذا الذي ذكرنا حكم النظر والمس.

وأما حكم الدخول في بيت الغير فالداخل لا يخلو: إما أن يكون أجنبياً أو من محارمه فإن كان أجنبياً فلا يحل له الدخول فيه من غير استئذان لقوله تبارك وتعالى: ﴿**يا أيها الّذين آمنوا لا تَدْخلوا بُيوتاً غيرَ بيوتِكُمْ حَتّى تستأنسوا وتُسلموا على أهلها**﴾[٢] قيل: تستأنسوا أي تستأذنوا، وقيل: تستعلموا وهما متقاربان لأن الاستئذان طلب الإذن والاستعلام طلب العلم والإذن إعلام، وسواء كان السكن في البيت أو لم يكن لقوله تعالى: ﴿**فإنْ لم تجدوا فيها أحداً فلا تدخلوها حتى يؤذن لكم**﴾[٣] وهذا يدل على أن الاستئذان ليس للسكان أنفسهم خاصة بل لأنفسهم ولأموالهم، لأن الإنسان كما يتخذ البيت ستراً لنفسه يتخذه ستراً لأمواله وكما يكره إطلاع الغير على نفسه يكره إطلاعه على أمواله، وفي بعض الأخبار إن من دخل بيتاً بغير إذن قال له الملك المتوكل به عصيت وآذيت فيسمع صوته الخلق كلهم إلا الثقلين فيصعد صوته إلى السماء الدنيا فتقول

(١) تقدم.
(٢) سورة النور، الآية: (٢٧).
(٣) سورة النور، الآية: (٢٧).

ملائكة السماء أف لفلان عصى ربه وأذى، وإذا استأذن فأذن له حل له الدخول يدخل ثم يسلم ولا يقدم التسليم على الدخول، كما قال بعض الناس لقوله سبحانه وتعالى: ﴿فإذا دخلتم بيوتاً فسلموا على أنفسكم تحية من عند الله مباركة طيبة﴾[١] ولأنه لو سلم قبل الدخول، فإذا دخل يحتاج إلى التسليم ثانياً، وإن لم يؤذن له بالدخول وقيل: له ارجع فليرجع.

ويكره له أن يقعد على الباب لقوله عز وجل: ﴿وإن قيل لكم ارجعوا فارجعوا﴾[٢] وفي بعض الأخبار الاستئذان ثلاث مرات من لم يؤذن له فيهن فليرجع، أما الأول فيسمع الحي.

وأما الثاني: فيأخذوا حذرهم.

وأما الثالث: فإن شاؤا أذنوا: وإن شاؤا ردّوا فإذا استأذن ثلاث مرات ولم يؤذن له ينبغي أن يرجع ولا يقعد على الباب لينتظر لأن للناس حاجات وأشغالاً في المنازل فلو قعد على الباب وانتظر لضاق ذرعهم وشغل قلوبهم ولعلّه لا تلتئم حاجاتهم فكان الرجوع خيراً له من القعود وذلك قوله تعالى: ﴿هُوَ أَزْكَى لَكُمْ﴾[٣] هذا إذا كان الدخول للزيارة ونحوها، فأما إذا كان الدخول لتغيير المنكر بأن سمع في دار صوت المزامير والمعازف فليدخل عليهم بغير إذنهم لأن تغيير المنكر فرض فلو شرط الإذن لتعذر التغيير والله سبحانه وتعالى أعلم.

وإن كان من محارمه فلا يدخل بغير استئذان أيضاً، وإن كان يجوز له النظر إلى مواضع الزينة الظاهرة والباطنة لعموم النص الذي تلونا، ولو دخل عليها من غير استئذان فربما كانت مكشوفةَ العورة فيقع بصره عليها فيكرهان ذلك، وهكذا روي أن رجلاً سأل النبيَّ عليه الصلاة والسلام وقال: «أنا أخدم أمي وأفرشها إليَ أستأذنُ عليها» فقال رسول الله ﷺ: «نعم» فسأله ثلاثاً فقال عليه الصلاة والسلام: «يَسُرُّكَ أَنْ تَرَاهَا عُريانَةً»، فقال: لا، قال: «استأذن عليها»[٤].

وكذا روي عن حذيفة رضي الله عنه أن رجلاً سأله فقال: أستأذن على أختي فقال رضي الله عنه: «إنْ لمْ تستأذنْ رأيْتَ ما يَسُوءك»[٥] إلا أن الأمر في الاستئذان على المحارم أيسر وأسهل، لأن المحرم مطلق النظر إلى موضع الزينة منها شرعاً هذا الذي ذكرنا حكم الأحرار البالغين.

وأما حكم المماليك والصبيان: أما المملوك فيدخل في بيت سيده من غير استئذان إلا في ثلاثة أوقات قبل صلاة الفجر، وعند الظهر وبعد صلاة العشاء الآخرة لقوله تبارك وتعالى: ﴿يا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لِيَسْتَأْذِنْكُمُ الَّذينَ مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ والَّذينَ لم يَبْلغُوا الحُلُم﴾[٦]، إلى قوله تعالى: ﴿لَيْسَ علَيْكُمْ ولا عَلَيْهِمْ جُنَاحٌ بَعْدَهُنَّ

---

(١) سورة النور، الآية: (٦١).

(٢) سورة النور، الآية: (٢٨).

(٣) سورة النور، الآية: (٣٠).

(٤) أخرجه مالك في «الموطأ» كتاب الاستئذان باب الاستئذان (٢/ ٩٦٣).
أخرجه البيهقي في «السنن الكبرى» (٧/ ٩٧). وكذلك في «الآداب» باب في ذوي المحارم (٧٥٢).

(٥) أخرجه البيهقي في «السنن الكبرى» (٧/ ٩٧) عن حذيفة وقال: وروي فيه حديث مرسل وهو السابق.

(٦) سورة النور، الآية: (٥٨).

طَوَّافُونَ عليكُمْ بَعْضُكُمْ عَلَى بعضٍ﴾[(١)] ولأن هذه أوقات التجرد وظهور العورة في العادة.

أما قبل صلاة الفجر فوقت الخروج من ثياب النوم ووقت الظهيرة وقت وضع الثياب للقيلولة.

وأما بعد صلاة العشاء فوقت وضع ثياب النهار للنوم ولا كذلك بعد هذه الأوقات الثلاث، لأن العورات بعدها تكون مستورة عادة والعبد والأمة في ذلك سواء، سواء كان المملوك صغيراً أو كبيراً بعد أن كان يعرف العورة من غير العورة، لأن هذه أوقات غرة وساعات غفلة فربما يكون على حالة يكره أن يراه أحد عليها؛ وهذا المعنى يستوي فيه الذكر والأنثى والكبير والصغير بعد أن يكون من أهل التمييز ويكون الخطاب في الصغار للسادات بالتعليم والتأديب كما في الآباء مع الأبناء الصغار.

وأما الصبيان فإن كان الصغير ممن لا يميز بين العورة وغيرها فيدخل في الأوقات كلها، وإن كان من أهل التمييز بأن قرب من البلوغ يمنعه الأب من الدخول في الأوقات الثلاثة تأديباً وتعليماً لأمور الدين كالأمر بالصلاة إذا بلغ سبعاً وضربه عليها إذا بلغ عشراً والتفريق بينهم في المضاجع والله أعلم.

هذا إذا كان البيت مسكوناً بأن كان له ساكن، وأما إذا لم يكن كالخانات والرباطات التي تكون للمارة والخربات التي تُقْضَىٰ فيها حاجة البول والغائط فلا بأس أن يدخله من غير استئذان لقوله سبحانه وتعالى: ﴿ليس عليكم جناح أن تدخلوا بيوتاً غير مسكونة فيها متاع لكم﴾[(٢)]، أي منفعة بكم وهي منفعة دفع الحر والبرد في الخانات والرباطات ومنفعة قضاء الحاجة من البول والغائط في الخربات والله سبحانه وتعالى أعلم.

وروي في «الخبر» أنه لما نزلت آية الاستئذان، قال سيدنا أبو بكر رضي الله عنه: يا رسول الله فكيف بالبيوت التي بين مكة والمدينة وبين المدينة والشام ليس فيها ساكن فأنزل الله تعالى عز وجل قوله: ﴿لَيْسَ عَلَيْكُمْ جَنَاحٌ أَنْ تَدْخُلُوا بُيُوتاً غَيْرَ مَسْكُونَةٍ فِيهَا مَتَاعٌ لَكُمْ﴾[(٣)] والله عز وجل الموفق.

هذا الذي ذكرنا حكم الدخول؛ وأما حكم ما بعد الدخول وهو الخلوة؛ فإن كان في البيت امرأة أجنبية أو ذات رحم محرم لا يحل للرجل أن يخلو بها لأن فيه خوف الفتنة والوقوع في الحرام.

وقد روي عن رسول الله ﷺ أنه قال: «**لا يخلون رجل بامرأة فإن ثالثهما الشيطان**»[(٤)] وإن كانت المرأة ذات رحم محرم منه فلا بأس بالخلوة.

والأفضل أن لا يفعل لما روي عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنهما أنه قال: ما خلوت بامرأة قط

---

(١) سورة النور، الآية: (٥٨).

(٢) سورة النور، الآية: (٢٩).

(٣) سورة النور، الآية: (٢٩).

(٤) أخرجه أحمد في «المسند» (١/ ٢٦، ٢٨).
والترمذي في «السنن» كتاب الفتن باب ما جاء في لزوم الجماعة (٢١٦٥) وقال: هذا حديث حسن صحيح غريب من هذا الوجه.
والحاكم في «المستدرك» (١/ ١١٤) وصححه ووافقه الذهبي والحميدي في «مسنده» (٣٢).

مخافة أن أدخل في نهي النبي عليه الصلاة والسلام، ويكره للمرأة أن تصل شعر غيرها من بني آدم بشعرها لقوله عليه السلام: «لَعَنَ اللَّهُ الواصِلَةَ والمُستَوصِلَةَ»[١] ولأن الآدمي بجميع أجزائه مكرم والانتفاع بالجزء المنفصل منه إهانة له، ولهذا كره بيعه ولا بأس بذلك من شعر البهيمة وصوفها لأنه انتفاع بطريق التزين بما يحتمل ذلك، ولهذا احتمل الاستعمال في سائر وجوه الانتفاع فكذا في التزين، ولا بأس للرجل أن يعزل عن أمته بغير إذنها.

وأما المنكوحة فإن كانت حرة يكره له العزل من غير إذنها بالإجماع لأن لها في الولد حقاً وفي العزل فوت الولد، ولا يجوز تفويت حق الإنسان من غير رضاه فإذا رضيت جاز، وإن كانت أمة فلا بد من الإذن أيضاً بلا خلاف لكن الكلام في أن الإذن بذلك إلى المولى أم إليها، قال أبو حنيفة رحمه الله: الإذن فيه إلى مولاها، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله إليها.

وجه قولهما: أن لها حقاً في قضاء الشهوة والعزل يوجب نقصاناً فيه ولا يجوز إبطال حق الإنسان من غير رضاه.

وجه قول أبي حنيفة رضي الله عنه: أن الكراهة في الحرة لمكان خوف فوت الولد الذي لها فيه حق والحق ههنا في الولد للمولى لا للأمة، وقولهما فيه نقصان قضاء الشهوة فنعم لكن حقها في أصل قضاء الشهوة لا في وصف الكمال.

ألا ترى أن من الرجال من لا ماء له وهو يجامع امرأته من غير إنزال ولا يكون لها حق الخصومة دل أن حقها في أصل قضاء الشهوة لا في وصف الكمال والله سبحانه وتعالى أعلم.

ويكره للرجل أن يقول في دعائه: أسألك بحق أنبيائك ورسلك وبحق فلان لأنه لا حق لأحد على الله سبحانه وتعالى جل شأنه، وكذا يكره أن يقول في دعائه: أسألك بمعقد العز من عرشك.

وروي عن أبي يوسف: أنه لا بأس بذلك لورود الحديث وهو ما روي عن رسول الله ﷺ أنه كان يقول في دعائه: «**اللهم إني أسألك بمعقد العزِّ من عرشك ومنتهى الرحمة من كتابِكَ وباسمكَ الأعظم وجدكَ الأعلى وكلماتِكَ التَّامة**»[٢].

---

(١) أخرجه البخاري في «الصحيح» كتاب اللباس باب وصل الشعر (٥٩٣٤).
ومسلم في «الصحيح» كتاب اللباس باب تحريم فعل الواصلة والمستوصلة (٢١٢٣).
وأحمد في «المسند» (٦/ ١١١).
والنسائي في «السنن» كتاب الزينة باب المستوصلة (٨/ ١٤٦).
والبيهقي في «السنن الكبرى» (٢/ ٤٢٦).

(٢) أخرجه البيهقي في «الدعوات الكبير» (٣٩٢) وابن الجوزي في «الموضوعات».
وقال: هذا حديث موضوع بلا شك وإسناده كما ترى وفي إسناده عمر بن هارون.
قال يحيى كذاب، وقال ابن حبان: يروي عن الثقات المعضلات ويدعي شيوخاً لم يرهم وقد صح عن النبي ﷺ النهي عن القراءة في السجود. انظر «الميزان» (٣/ ٢٢٨) ت (٦٢٣٧).
وقال السيوطي في «اللآلىء»: عمر روى له الترمذي وابن ماجه... ثم قال: ووجدت للحديث طريقاً آخر قال ابن عساكر... «الموضوعات» (٢/ ١٤٢) «اللآلىء» (٢/ ٦٨).

وجه ظاهر الرواية: أن ظاهر هذا اللفظ يوهم التشبيه، لأن العرش خلق من خلائق الله تبارك وتعالى جل وعلا فاستحال أن يكون عز الله تبارك وتعالى معقوداً به، وظاهر الخبر الذي هو في حد الآحاد إذا كان موهماً للتشبيه فالكف عن العمل به أسلم، ويكره حمل الخرقة لمسح العرق والامتخاط ترفعاً بها وتكبراً لأن التكبر من المخلوق مذموم وكذا هو تشبيه بزي العجم.

وقال سيدنا عمر رضي الله عنه: «**إياكم وزيّ العجم**»[1] فأما لحاجة فلا بأس به لأنه لو لم يحمل لاحتاج إلى الأخذ بالكم والذيل وفيه إفساد ثوبه، ولا بأس بربط الخيط في الأصبع أو الخاتم للحاجة، لأن فيه استعانة على قضاء حاجة المسلم بالتذكير ودفع النسيان وأنه أمر مندوب إليه.

وروي أن رسول الله ﷺ أمر بعض الصحابة بذلك، ويكره استقبال القبلة بالفرج في الخلاء، لما روي عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال: «**إذا أتيتم الغائط فعظموا قبلة الله تبارك وتعالى فلا تستقبلوها ولا تستدبروها ولكن شرقوا أو غربوا**»[2]، وهذا بالمدينة.

وأما الاستدبار فعن أبي حنيفة رضي الله عنه فيه روايتان: في رواية يكره وفي رواية لا يكره لما روى عبد الله بن سيدنا عمر رضي الله عنهما: أنه: «**رأى النبي عليه الصلاة والسلام مستقبل الشام مستدبر القبلة**»[3]، ولأن فرجه لا يوازي القبلة حالة الاستدبار وإنما يوازي الأرض بخلاف حالة الاستقبال.

هذا إذا كان في الفضاء فإن كان في البيوت فكذلك عندنا، وعند الشافعي عليه الرحمة لا بأس بالاستقبال في البيوت.

واحتج بما روي عبد الله بن سيدنا عمر رضي الله عنهما سئل عن ذلك فقال إنما ذلك في الفضاء.

ولنا: ما روينا من حديث رسول الله ﷺ مطلقاً من غير فصل بين الفضاء والبيوت والعمل بقول رسول الله ﷺ أولى من العمل بقول الصحابي، ولأن الفارق بين الفضاء وبين البيوت إن كان وجود الحائل من الجدار ونحوه فقد وجد الحائل في الفضاء وهو الجبال وغيرها ولم يمنع الكراهة فكذا هذا.

---

(١) أخرجه أحمد في «المسند» (١/ ١٦).

(٢) أخرجه أحمد في «المسند» (٥/ ٤١٦، ٤١٧، ٤٢١).
والحميدي (٣٧٨) والبخاري في «**الصحيح**» كتاب الصلاة باب قبلة أهل المدينة وأهل الشام والمشرق (٣٩٤).
ومسلم في «الصحيح» كتاب الطهارة باب الاستطابة (٢٦٤).
وأبو داود في «السنن» كتاب الطهارة (٩).
والترمذي في «السنن» كتاب الطهارة (٨).
والنسائي في «السنن» كتاب الطهارة (١/ ٢٢، ٢٣).
والبيهقي في «السنن الكبرى» (١/ ٩١).

(٣) أخرجه مالك في «**الموطأ**» كتاب القبلة باب الرخصة لاستقبال القبلة لبول أو غائط (١/ ١٩٣، ١٩٤).
والبخاري في «الصحيح» كتاب الوضوء باب من تبرز على لبنتين (١٤٥).
والنسائي في «السنن» كتاب الطهارة باب الرخصة في ذلك في البيوت (١/ ٢٣، ٢٤).
والترمذي في «السنن» كتاب الطهارة باب ما جاء من الرخصة في ذلك (١١).
والبيهقي في «السنن الكبرى» (١/ ٩٢).

ويكره أن تكون قبلة المسجد إلى متوضأ أو مخرج أو حمام، لأن فيه ترك تعظيم المسجد، وأما مسجد البيت وهو الموضع الذي عينه صاحب البيت للصلاة فلا بأس بذلك لأنه ليس بمسجد حقيقة فلا يكون له حكم المسجد.

وتكره التصاوير في البيوت لما روي عن رسول الله ﷺ عن سيدنا جبريل عليه الصلاة والسلام أنه قال: «لا ندخل بيتاً فيه كلب أو صورة»[1]، ولأن إمساكها تشبه بعبدة الأوثان إلا إذا كانت على البسط أو الوسائد الصغار التي تلقى على الأرض ليجلس عليها لا تكره، لأن دوسها بالأرجل إهانة لها فإمساكها في موضع الإهانة لا يكون تشبهاً بعبدة الأصنام إلا أن يسجد عليها فيكره لحصول معنى التشبه، ويكره على الستور وعلى الأزر المضروبة على الحائط وعلى الوسائد الكبار، وعلى السقف لما فيه من تعظيمها، ولو لم يكن لها رأس فلا بأس لأنها لا تكون صورة بل تكون نقشاً فإن قطع رأسه بأن خاط على عنقه خيطاً فذاك ليس بشيء لأنها لم تخرج عن كونها صورة بل ازدادت حلية كالطوق لذوات الأطواق من الطيور ثم المكروه صورة ذي الروح، فأما صورة ما لا رُوحَ له من الأشجار والقناديل ونحوها فلا بأس به.

ويكره التعشير والنقط في المصحف لقول عبد الله بن مسعود رضي الله عنهما جردوا مصاحفكم وذلك في ترك التعشير والنقط، ولأن ذلك يؤدي إلى الخلل في تحفظ القرآن، لأنه يتكل عليه فلا يجتهد في التحفظ بل يتكاسل لكن قيل هذا في بلادهم، فأما في بلاد العجم فلا يكره لأن العجم لا يقدرون على تعلم القرآن بدونه، ولهذا جرى التعارف به في عامة البلاد من غير نكير فكان مسنوناً لا مكروهاً ولا بأس بنقش المسجد بالجص والساج وماء الذهب، لأن تزين المسجد من تعظيمه لكن مع هذا تركه أفضل لأن صرف المال إلى الفقراء أولى، وإليه أشار عمر بن عبد العزيز رضي الله عنهما حين رأى مالاً ينقل إلى المسجد الحرام، فقال المساكين أحوج من الأساطين وكان لمسجد رسول الله ﷺ جريد النخل، وهذا إذا نقش من مال نفسه، فأما من مال المسجد فلا ينبغي أن يفعل، ولو فعل القيم من مال المسجد قيل إنه يضمن ولا يعق عن الغلام والجارية عندنا، وعند الشافعي[2] رحمه الله العقيقة سنة.

واحتج بما روي أن رسول الله ﷺ: «عَقَّ عَنْ سيِّدنا الحسن وسيدنا الحسين رضي الله عنهما كبشاً كبشاً»[3].

ولنا: ما روي عن سيدنا رسول الله ﷺ أنه قال: «نَسَخَت الأضحيةُ كلَّ دم كَان قبلَها ونَسَخَ صَوْمُ رَمَضَانَ كلَّ صومٍ كان قبله ونسخَتِ الزكاةُ كلَّ صَدَقةٍ كانَتْ قَبلَهَا»[4] والعقيقة كانت قَبل الأضحية فصارت منسوخة

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) انظر «الأم» «مختصر المزني» (٢٨٥).

(٣) تقدم.

(٤) أخرجه الدارقطني في «السنن» عن علي باب الصيد والذبائح والأطعمة (٤/ ٢٨٠، ٢٨١) من طريق: المسيب بن شريك وقال: والمسيب متروك وهو من مناكيره كما في «الميزان» (٤/ ١١٤)، ت (٨٥٤٤).
والبيهقي في «السنن الكبرى» (٩/ ٢٦٢) ونقل كلام الدارقطني وهو قوله: خالفه المسيب بن واضح عن المسيب بن شريك وكلاهما ضعيف والمسيب بن شريك متروك.

بها كالعتيرة والعقيقة ما كانت قبلها فرضاً بل كانت فضلاً وليس بعد نسخ الفضل إلا الكراهة بخلاف صوم عاشوراء، وبعض الصدقات المنسوخة حيث لا يكره التنفل بها بعد النسخ، لأن ذلك كان فرضاً وانتساخ الفرضية لا يخرجه عن كونه قربة في نفسه والله سبحانه وتعالى أعلم.

ويكره للرجل أن يجعل الراية في عنق عبده ولا بأس بأن يقيده، أما الراية وهي الغل فلأنه شيء أحدثته الجبابرة.

وقد قال رسول الله ﷺ: «**كُلُّ محدَثَةٍ بدعةٌ وكلُّ بدعةٍ ضَلالَةٌ وكلُّ ضلالةٍ في النار**»[(١)] فأما التقييد فليس بمحدث بل كان يستعمله الصحابة الكرام رضي الله تعالى عنهم روي أن عبد الله بن عباس رضي الله عنهما قيد عبداً له يعلمه تأويل القرآن، وبه جرت العادة في سائر الأعصار من غير نكير فيكون إجماعاً، ولأن ضرب الراية على العبد لإبقاء التمكن من الانتفاع مع الأمن عن الإباق إلا أن لا يحصل بالراية لأن كل أحد إذا رآه يمشي مع الراية يظنه آبقاً فيصرفه عن وجهه ويرده إلى مولاه فلا يمكنه الانتفاع به فلم يكن ضرب الراية عليه مفيداً، ولا بأس بالحنقة لأنها من باب التداوي وأنه أمر مندوب إليه.

قال النبي عليه الصلاة والسلام: «**تداووا فإن الله تعالى لم يخلق داءً إلا وقد خلق له دواءً إلا السّام والهَرَم**»[(٢)].

ويكره اللعب بالنرد والشطرنج والأربعة عشر وهي لعب تستعمله اليهود لأنه قمار أو لعب وكل ذلك حرام.

أما القمار فلقوله عز وجل: ﴿**يا أَيُّهَا الذينَ آمَنُوا إنّما الخمرُ والمَيْسِرُ والأنصابُ والأزلامُ رجسٌ**﴾[(٣)] وهو القمار كذا روي عن ابن عباس وابن سيدنا عمر رضي الله عنهم، وروي عن مجاهد وسعيد بن جبير والشعبي وغيرهم رضي الله عنهم أنهم قالوا: الميسر القمار كله حتى الجوز الذي يلعب به الصبيان.

---

(١) أخرجه أحمد في «المسند» (٤/١٢٦) وأبو داود في «السنن» (٤٦٠٧) كتاب السنة باب لزوم السنة.
والترمذي في «السنن» (٢٦٧٦) كتاب العلم باب ما جاء في الأخذ بالسنة واجتناب البدع.
وابن ماجه (٤٣٨، ٤٤) المقدمة باب اتباع سنة الخلفاء الراشدين المهديين.
والحاكم في «المستدرك» (١/٩٦، ٩٧).
والبيهقي في «السنن الكبرى» (٦/٥٤١).

(٢) أخرجه أحمد في «المسند» (٣/١٥٦) عن أنس رضي الله عنه.
ورواه عن أسامة بن شريك: أحمد في «المسند» (٤/٢٧٨) وابن ماجه في «السنن» كتاب الطب باب ما أنزل الله داء إلا وأنزل له شفاء (٣٤٣٦).
والحاكم في «المستدرك» (٤/٣٩٩، ٤٠٠) وقال حديث صحيح الإسناد ووافقه الذهبي.
وعن ابن مسعود رضي الله عنه:
أحمد في «المسند» (١/٣٧٧، ٤١٣) والحميدي في «مسنده» (٩٠).
وابن ماجه (٣٤٣٨) كتاب الطب باب ما أنزل الدواء إلا وأنزل له شفاء.
والحاكم في «المستدرك» (٤/٣٩٩) والبيهقي (٩/٣٤٤).
وعن أبي هريرة أخرجه البخاري في «الصحيح» كتاب الطب باب ما أنزل الله داء إلا وأنزل له دواء. (٥٦٧٨).
وعن جابر: أخرجه مسلم في «الصحيح» كتاب السلام باب لكل داء دواء (٢٢٠٤).

(٣) سورة المائدة، الآية: (٩٠).

وعن سيدنا علي رضي الله عنه أنه قال: «الشطرنج ميسر الأعاجم»[(١)]، وعن النبي ﷺ أنه قال: «ما **ألهاكم عن ذكر الله فهو ميسر»**[(٢)].

وأما اللعب فلقوله عليه الصلاة والسلام: «كل لعب حرام إلا ملاعبة الرجل امرأته وقوسه وفرسه»[(٣)].

وقوله عليه الصلاة والسلام: «مَا أَنَا مِنْ رد ولا رد مني»[(٤)].

وحكي عن الشافعي رحمه الله أنه رخص في اللعب بالشطرنج وقال: لأن فيه تشحيذ الخاطر وتذكية الفهم والعلم بتدابير الحرب ومكايده فكان من باب الأدب فأشبه الرماية والفروسية، وبهذا لا يخرج عن كونه قماراً ولعباً، وكل ذلك حرام لما ذكرنا، وكره أبو يوسف التسليم على اللاعبين بالشطرنج تحقيراً لهم لزجرهم عن ذلك، ولم يكرهه أبو حنيفة رضي الله عنه، لأن ذلك يشغلهم عما هم فيه فكان التسليم بعض ما يمنعهم عن ذلك فلا يكره، ولا بأس بعيادة اليهود والنصارى لما روي أن رسول الله ﷺ عاد يهودياً فقال له: **«قُلْ لاَ إِلَهَ إِلاّ اللَّهُ محمدٌ رسولُ اللَّهِ»** فنظر إلى أبيه فقال له أبوه: **«أَجِبْ مُحمَّداً»** فأسلم ثم مات، فقال رسول الله ﷺ: **«الحَمْدُ للهِ الَّذي أنقذَ بي نَسمَةً مِنَ النَّارِ»**[(٥)] ولأن عيادة الجار قضاء حق الجوار وأنه مندوب إليه، قال الله تبارك وتعالى: ﴿**والجَارِ الجُنُبِ**﴾[(٦)] من غير فصل مع ما في العيادة من الدعوة إلى الإيمان رجاء الإيمان فكيف يكون مكروهاً.

ويكره الابتداء بالتسليم على اليهودي والنصراني، لأن السلام اسم لكل بر وخير، ولا يجوز مثل هذا الدعاء للكافر إلا أنه إذا سلم لا بأس بالرد عليه مجازاة له ولكن لا يزيد على قوله: وعليك، لما روي عن رسول الله ﷺ أنه قال: **«إنّ اليَهُودَ إذا سلَّم عَلَيكُم أحدُهم فإنّما يقول السَّام عليكم فقولوا وعَلَيْكُم»**[(٧)] ولا بأس

---

(١) وأجازه الشافعي بشروط.

(٢) أخرجه الطبري في «تفسيره» (٢/ ٣٦٠) والآجري في «**تحريم النرد والشطرنج والملاهي**» رقم (٢٥)، والبيهقي في «الشعب» (٥/ ٢٤٢).

(٣) أخرجه الحاكم في «**المستدرك**» (٢/ ٩٥) وقال هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه والبيهقي في «**الآداب**» (٧٦٧).

(٤) أخرجه البزار والطبراني في «**الأوسط**» كما في «**المجمع**» وقال الهيثمي وفيه يحيى بن محمد بن قيس وقد وثق ولكن ذكروا هذا الحديث من منكرات حديثه والله أعلم وقال الذهبي: قد تابعه عليه غيره. وهو عن أنس.
وأخرجه عن معاوية الطبراني (مجمع أيضاً) عن محمد بن أحمد بن نصر الترمذي.
عن محمد بن عبد الوهاب الأزهري ولم أعرفهما وبقية رجاله ثقات.
والبيهقي في «**السنن الكبرى**» (١٠/ ٢١٧) والآداب (٧٨٦).
وقال في «**السنن**» قال أبو عبيد القاسم بن سلام: الرد هو اللعب واللهو.

(٥) أخرجه أحمد في «**المسند**» (٣/ ١٧٥، ٢٢٧، ٢٨٠).
والبخاري في «**الصحيح**» كتاب الجنائز: باب إذا أسلم الصبي فمات هل يصلي عليه (١٣٥٦).
وكتاب المرضى باب عيادة المشرك (٥٦٥٧).
وأبو داود في «**السنن**» كتاب الجنائز باب في عيادة الذمي (٣٠٩٥).
وأبو يعلى في «مسنده» (٣٣٥٠) والحاكم في «**المستدرك**» (٤/ ٢٩١).
والبيهقي في «**السنن الكبرى**» (٣/ ٣٨٣، ٦/ ٢٠٦).

(٦) سورة النساء الآية رقم (٣٦).

(٧) أخرجه أحمد في «**المسند**» (٢/ ١٩)، والبخاري في «**الصحيح**» كتاب المرتدين باب إذا عرض الذمي أو غيره بسبب النبي ﷺ =

بدخول أهل الذمة المساجد عندنا.

وقال مالك رحمه الله والشافعي[(١)]: لا يحل لهم دخول المسجد الحرام، احتج مالك رحمه الله بقوله عز وجل: «**إنما المُشْركُونَ نَجَسٌ**»[(٢)]، وتنزيه المسجد عن النجس واجب، يحققه أنه يجب تنزيه المسجد عن بعض الطاهرات كالنخامة ونحوها قال رسول الله ﷺ: «**إنَّ المسجِدَ لينزوي مِنَ النُّخَامَةِ كَما تَنْزَوي الجلدةُ مِنَ النَّارِ**»[(٣)] فعن النجاسة أولى.

واحتج الشافعي رحمه الله بقوله جلا وعلا: ﴿**فلا يَقْرَبُوا المَسْجِدَ بَعْدَ عَامِهِمْ هذا**﴾[(٤)]، خص المسجد الحرام بالنهي عن قربانه فيدل على اختصاص حرمة الدخول به ليكون التخصيص مفيداً.

ولنا: أن المشركين من وفود العرب وغيرهم كانوا يدخلون المسجد على عهد رسول الله ﷺ فإنه روي أن أبا سفيان دخل المسجد عام الحديبية، وكذا وفد ثقيف دخلوا المسجد.

وقال رسول الله ﷺ يوم فتح مكة: «**مَنْ دَخَلَ المَسجدَ فهُوَ آمِنٌ**»[(٥)] جعل عليه الصلاة والسلام المسجد مأمناً ودعاهم إلى دخوله وما كان عليه الصلاة والسلام ليدعو إلى الحرام.

وأما الآية الكريمة فالمراد أنهم نجس الاعتقاد والأفعال لا نجس الأعيان إذ لا نجاسة على أعيانهم حقيقة، وقوله عز وجل: ﴿**فَلاَ يَقْرَبُوا المَسْجِدَ الحَرَامَ بَعْدَ عَامِهِمْ هَذَا**﴾[(٦)] نهى عن دخول مكة للحج لا عن دخول المسجد الحرام نفسه لقوله تعالى: ﴿**وإنْ خِفْتُمْ عَيْلَةً فَسوفَ يُغنيكُمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِه إنْ شَاءَ**﴾[(٧)].

ومعلوم أن خوف العيلة إنما يتحقق بمنعهم عن دخول مكة لا عن دخول المسجد الحرام نفسه لأنهم إذا دخلوا مكة ولم يدخلوا المسجد الحرام لا يتحقق خوف العيلة. ولما روي أن رسول الله ﷺ بعث سيدنا علياً رضي الله عنه ينادي: «**ألَا لاَ يَحُجَّنَّ بَعْدَ هَذَا العَامِ مُشرِكٌ**»[(٨)] فثبت أن هذا نهي عن دخول مكة للحج إلا أنه سبحانه وتعالى ذكر المسجد الحرام لما أن المقصد من إتيان مكة البيت والبيت في المسجد والله سبحانه وتعالى أعلم.

= (٦٩٢٨)، ومسلم في «**الصحيح**» كتاب السلام باب ـ (٢١٦٥) ـ النهي عن ابتداء أهل الكتاب بالسلام، وأبو داود في «**السنن**» كتاب الأدب باب السلام على أهل الذمة (٥٢٠٦).

والبيهقي في «**السنن الكبرى**» (٩/ ٢٠٣) أخرجه ابن ماجه في «**السنن**» برقم (٣٧٤٣) بلفظ قريب منه.

(١) انظر «**الأم**» (١/ ٥٤).

(٢) سورة التوبة، الآية: (٢٨).

(٣) قال العراقي في تخريج «**أحاديث الإحياء**» لم أجد له أصلاً.

(٤) سورة التوبة، الآية: (٢٨).

(٥) أخرجه مسلم في «**الصحيح**» كتاب الجهاد باب فتح مكة الحديث (١٧٨٠).

(٦) سورة التوبة، الآية: (٢٨).

(٧) سورة التوبة، الآية: (٢٨).

(٨) أخرجه البخاري في «**الصحيح**» كتاب الصلاة باب ما يستر العورة (٣٦٩) وكتاب الحج باب لا يطوف بالبيت عريان ولا يحج مشرك (١٦٢٢) وكتاب الجزية والموادعة باب كيف ينبذ إلى أهل العهد (٣١٧٧).

ومسلم في «**الصحيح**» كتاب الحج باب لا يحج البيت مشرك ولا يطوف بالبيت عريان وبيان يوم الحج الأكبر (٤٣٥) وأبو داود في «**السنن**» كتاب المناسك باب يوم الحج الأكبر (١٩٤٦).

مسلم باع خمراً وأخذ ثمنها وعليه دين يكره لصاحب الدين أن يأخذه منه، ولو كان البائع نصرانياً فلا بأس بأخذه.

ووجه الفرق: أن بيع الخمر من المسلم باطل لأنها ليست بمتقومة في حق المسلم فلا يملك ثمنها فبقي على حكم ملك المشتري فلا يصح قضاء الدين به، وإن كان البائع نصرانياً فالبيع صحيح لكونها مالاً متقوماً في حقه فملك ثمنها فصح قضاء الدين منه والله عز وجل أعلم.

رجل دعي إلى وليمة أو طعام وهناك لعب أو غناء، جملة الكلام فيه أن هذا في الأصل لا يخلو من أحد وجهين:

إما أن يكون عالماً أن هناك ذاك، وإما إن لم يكن عالماً به، فإن كان عالماً به، فإن كان من غالب رأيه أنه يمكنه التغيير يجيب لأن إجابة الدعوى مسنونة.

قال النبي عليه الصلاة والسلام: «إذا دعي أحدكم إلى وليمة فليأتها»[١] وتغيير المنكر مفروض فكان في الإجابة إقامة الفرض ومراعاة السنة وإن كان في غالب رأيه أنه لا يمكنه التغيير لا بأس بالإجابة لما ذكرنا أن إجابة الدعوة مسنونة ولا تترك السنة لمعصية توجد من الغير.

ألا ترى أنه لا يترك تشييع الجنازة وشهود المأتم، وإن كان هناك معصية من النياحة وشق الجيوب ونحو ذلك كذا ههنا، وقيل هذا إذا كان المدعو إماماً يُقْتَدَىٰ به بحيث يحترم ويحتشم منه، فإن لم يكن فترك الإجابة والقعود عنها أولى، وإن لم يكن عالماً حتى ذهب فوجد هناك لعباً أو غناء فإن أمكنه التغيير غير وإن لم يمكنه ذكر في الكتاب وقال لا بأس بأن يقعد ويأكل قال أبو حنيفة رضي الله عنه ابتليت بهذا مرة لما ذكرنا أن إجابة الدعوة أمر مندوب إليه فلا يترك لأجل معصية توجد من الغير[٢].

هذا إذا لم يعلم به حتى دخل فإن علمه قبل الدخول يرجع ولا يدخل، وقيل هذا إذا لم يكن إماماً يقتدىٰ به فإن كان لا يمكث بل يخرج، لأن في المكث استخفافاً بالعلم والدين وتجرئة لأهل الفسق على الفسق وهذا لا يجوز، وصبر أبي حنيفة رحمه الله محمول على وقت لم يصر فيه مقتدى به على الإطلاق، ولو صار لما صبر ودلت المسألة على أن مجرد الغناء معصية.

وكذا الاستماع إليه؛ وكذا ضرب القصب والاستماع إليه، ألا ترى أن أبا حنيفة رضي الله عنه سماه ابتلاء، ويكره الاحتكار والكلام في الاحتكار في موضعين

أحدهما: في تفسير الاحتكار وما يصير به الشخص محتكراً.

والثاني: في بيان حكم الاحتكار، أما الأول فهو أن يشتري طعاماً في مصر ويمتنع عن بيعه وذلك يضر بالناس، وكذلك لو اشتراه من مكان قريب يحمل طعامه إلى المصر وذلك المصر صغير وهذا يضرّ به يكون

---

(١) أخرجه البخاري في «الصحيح» كتاب النكاح باب حق إجابة الوليمة (٥١٧٣) ومسلم في «الصحيح» كتاب النكاح باب الأمر بإجابة الداعي (١٤٢٩).

(٢) أخرجه أبو داود في «السنن» كتاب الأطعمة باب ما جاء في إجابة الدعوة (٣٧٤١) والبيهقي في «السنن الكبرى» (٧/ ٢٦٥).

محتكراً، وإن كان مصراً كبيراً لا يضر به لا يكون محتكراً، ولو جلب إلى مصر طعاماً من مكان بعيد وحبسه لا يكون احتكاراً.

وروي عن أبي يوسف رحمه الله: أنه يكون احتكاراً لأن كراهة الاحتكار بالشراء في المصر والامتناع عن البيع لمكان الإضرار بالعامة وقد وجد ههنا.

ولأبي حنيفة رضي الله عنه: قول النبيّ عليه السلام: «**الجَالِبُ مَرْزُوقٌ**» وهذا جالب[١] ولأن حرمة الاحتكار بحبس المشتري في المصر لتعلق حق العامة به فيصير ظالماً بمنع حقهم على ما نذكر ولم يوجد ذلك في المشتري خارج المصر من مكان بعيد لأنه متى اشتراه ولم يتعلق به حق أهل المصر فلا يتحقق الظلم ولكن مع هذا الأفضل له أن لا يفعل ويبيع، لأن في الحبس ضرراً بالمسلمين، وكذلك ما حصل له من ضياعه بأن زرع أرضه فأمسك طعامه فليس ذلك باحتكار لأنه لم يتعلق به حق أهل المصر لكن الأفضل أن لا يفعل ويبيع لما قلنا، ثم الاحتكار يجري في كل ما يضرّ بالعامة عند أبي يوسف رحمه الله قوتاً كان أو لاْ، وعند محمد رحمه الله لا يجري الاحتكار إلا في قوت الناس وعلف الدواب من الحنطة والشعير والتبن والقت.

وجه قول محمد رحمه الله: أن الضرر في الأعم الأغلب إنما يلحق العامة بحبس القوت والعلف فلا يتحقق الاحتكار إلا به.

وجه قول أبي يوسف رحمه الله: أن الكراهة لمكان الإضرار بالعامة وهذا لا يختص بالقوت والعلف.

وأما حكم الاحتكار فنقول: يتعلق بالاحتكار أحكام: منها الحرمة لما روي عن رسولِ الله ﷺ أنه قال: «**المُحتكِرُ مَلْعُونٌ والجَالِبُ مَرزُوقٌ**»[٢] ولا يلحق اللعن إلا بمباشرة المحرم.

وروي عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال: «**مَنِ احتَكَرَ طَعَاماً أربعينَ لَيلة فقَدْ بَرِيءَ مِنَ اللَّهِ وبَرِيءَ اللَّهُ مِنْهُ**»[٣] ومثل هذا الوعيد لا يلحق إلا بارتكاب الحرام، ولأن الاحتكار من باب الظلم، لأن ما بيع في المصر فقد تعلق به حق العامة فإذا امتنع المشتري عن بيعه عند شدة حاجتهم إليه فقد منعهم حقهم ومنع الحق عن المستحق ظلم وإنه حرام، وقليل مدة الحبس وكثيرها سواء في حق الحرمة لتحقق الظلم.

ومنها: أن يؤمر المحتكر بالبيع إزالة للظلم لكن إنما يؤمر ببيع ما فضل عن قوته وقوت أهله، فإن لم يفعل وأصرّ على الاحتكار ورفع إلى الإمام مرةً أخرى وهو مصرٌّ عليه، فإن الإمام يعظه ويهدده، فإن لم يفعل ورفع إليه مرة ثالثة يحبسه ويعزره زجراً له عن سوء صنعه ولا يجبر على البيع.

---

(١) أخرجه ابن ماجه في «السنن» كتاب التجارات باب الجلب والحكرة (٢١٥٣).
والدارمي في «السنن» كتاب البيوع باب في النهي عن الاحتكار (٢٥٤٤).

(٢) تقدم تخريجه في التعليقة السابقة وأخرج الشطر الأول منه الحاكم في المستدرك (٢/ ١١) وقال الذهبي في «التلخيص» قلت: علي بن سالم ضعيف. وهذا أخرجه ابن ماجه.

(٣) أخرجه أحمد في «المسند» (٢/ ٣٣) والحاكم في «المستدرك» (٢/ ١١، ١٢) وسكت عنه وقال الذهبي في «التلخيص»: عمرو تركوه وأصبغ فيه لين.

وقال محمد: يجبر عليه، وهذا يرجع إلى مسألة الحجر على الحرّ، لأن الجبر على البيع في معنى الحجر، وكذا لا يسعر لقوله عز وجل: ﴿يَا أَيُّهَا الذينَ آمَنُوا لاَ تَأْكُلوا أموالَكُم بينكُم بالبَاطِلِ إلاّ أنْ تَكُونَ تجارةً عَنْ تَرَاضٍ مِنكُمْ﴾[١] وقوله عليه الصلاة والسلام: «لا يَحلُّ مالُ امرىءٍ مُسْلمٍ إلاّ بطيبٍ مِنْ نَفْسِه»[٢] وروي أن السّعر عَلا في المدينة وطلبوا التسعير من رسول الله ﷺ فلم يسعّر وقال: «إنّ اللّهَ تَبَارَكَ وتَعَالَى هُوَ المُسَعِّرُ القَابضُ البَاسِطُ»[٣].

ومنها: أنه إذا خاف الإمام الهلاك على أهل المصر أخذ الطعام من المحتكرين وفرّقه عليهم فإذا وجدوا ردّوا عليهم مثله لأنهم اضطروا إليه، ومن اضطر إلى مال الغير في مخمصة كان له أن يتناوله بالضمان لقول الله: ﴿فَمَنِ اضطُرَّ في مَخمَصَةٍ غَيْرَ متجانفٍ لإثم فإنّ اللّهَ غَفُورٌ رَحيمٌ﴾[٤].

وكذا يكره تلقي الرُّكبان إذا كان يضرّ بأهل المصر لما روي عن النبـي عليه الصّلاة والسّلام: «نَهى عَنْ تلقّي الرُّكبَان»[٥] ولأن فيه إضراراً بالعامة فيكره كما يكره الاحتكار، ويكره خرق الزقّ الذي فيه خمر لمسلم عند أبـي حنيفة رحمه الله ولو خرق يضمن، وعند أبـي يوسف ومحمد لا يكره ولا يضمن.

وعلى هذا الخلاف كسر آلات الملاهي من البربط والعود والزمارة ونحوها والمسألة تعرف في كتاب «البيوع»، رجل ابتلع درة رجل فمات المبتلع، فإن ترك مالاً كانت قيمة الدرة في تركَته، وإن لم يترك مالاً لا يُشقّ بطنُه، لأن الشق حرام وحرمة النفس أعظم من حرمة المال وعليه قيمة الدرة لأنه استهلكها وهي ليست من ذوات الأمثال فكانت مضمونة بالقيمة، فإن ظهر له مال في الدنيا قضي منه وإلا فهو مأخوذ به في الآخرة، حامل ماتت فاضطرب في بطنها ولد فإن كان في أكبر الرأي أنه حي يُشَقّ بطنُها لأنا ابتلينا ببليتين فنختار أهونَهما وشق بطن الأم الميتة أهون من إهلاك الولد الحيّ، رجل له ورثةٌ صغار فأراد أن يوصي نظر في ذلك، فإن كان أكبر رأيه أنه تقع الكفاية لهم بما سوى ثلث الوصية من المتروك فالوصية بالثلث أفضل لأن فيه رعاية الجانبين.

وإن كان أكبر رأيه أنه لا تقع الكفاية لهم إلا بكل المتروك فالمتروك لهم أفضل من الوصية لما روي أن سعد بن أبـي وقّاص رضي الله عنه سأَل رسولَ الله ﷺ فقال: يوصي الرجلُ من ماله، فقال عليه الصلاة

---

(١) سورة البقرة، الآية: (١٨٨).

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) أخرجه أحمد في «المسند» (٣/١٥٦، ٢٨٦) والدارمي في «السنن» (٢/٢٤٩) كتاب البيوع باب النهي عن أن يسعر في المسلمين، وأبو داود في «السنن» كتاب البيوع في التسعير (٣٤٥١) والترمذي في «السنن» كتاب البيوع باب ما جاء في التسعير (١٣١٤) وقال: حسن صحيح. وابن ماجه في «السنن» كتاب التجارات باب من كره أن يسعر (٢٢٠٠)، والبيهقي في «السنن الكبرى» (٦/٢٩).

(٤) سورة المائدة، الآية: (٣).

(٥) أخرجه أحمد في «المسند» (٢/٦٣) والبخاري في «الصحيح» كتاب البيوع باب النهي للبائع أن لا يحفل الإبل والغنم والبقر (٢١٦٥) ومسلم في «الصحيح» كتاب البيوع باب تحريم تلقي بجلب (١٥١٧).
وأبو داود في «السنن» كتاب البيوع باب التلقي (٣٤٣٦) والنسائي في «السنن» كتاب البيوع باب التلقي (٧/٢٥٧). والبيهقي في «السنن الكبرى» (٥/٣٤٧). وابن ماجه في «السنن» كتاب التجارات باب النهي عن تلقي الجلب (٢١٧٩).

والسلام: «بالثُلث والثُلثُ كَثيرٌ[١] لأنْ تَدعَ وَرَثَتكَ أغْنياءَ خيرٌ لَكَ مِنْ أنْ تَدعَهُمْ عالةً يتكَفَّفُونَ النَّاسَ». رجل رأى رجلاً قتل أباه وادعى القاتل أنه قتله بقصاص أو ردّة ولم يعلم الابن من ذلك شيئاً وسع الابنَ أن يقتله لأنه عاين السبَب الموجب للقصاص في الأصل وهو القتل العمد، لقوله عليه الصلاة والسلام: «العَمْدُ قَـوَدٌ إلا أن يُعفى أو يفادىٰ»[٢] والقاتل يدّعي أمراً عارضاً فلا يسمع إلا بحجة.

وكذلك إذا أقر بالقتل في السرّ ثم ادعى أنه قتله بقصاص أو بردة كان الابن في سَعَةٍ من قتله لأن الإقرار بالقتل العمد إقرار بالسبب الموجب للقصاص في الأصل على ما بينا، ولو لم يعاين القتل ولا أقر به عنده ولكن شهد عنده شاهدان عدلان على معاينة القتل أو على الإقرار به لم يسَعْه قتله حتى يقضي القاضي بشهادتهما فرقاً بين الإقرار وبين الشهادة.

ووجه الفرق بينهما ظاهر، لأن الشهادة ليست بحجة بنفسها بل بقضاء القاضي لما فيها من تهمة جرّ النفع فلا تندفع التهمة إلا بقضاء القاضي.

فأما الإقرار: فحجة بنفسه إذ الإنسان غير متهم في الإقرار على نفسه فهو الفرق، وكذلك يحل لمن عاين القتل أو سمع إقراره به أن يعين الولي على قتله لأنه إعانة لصاحب الحق على استيفاء حقه ظاهراً.

ولو شهد عند الابن اثنان بما يدعيه القاتل مما يحل دمه من القتل والردة، فإن كانا ممن يقضي القاضي بشهادتهما لو شهدا عنده لا ينبغي لابن أن يعجل بالقتل لجواز أن يتصل القضاء بشهادتهما فيتبين أنه قتله بغير حقّ والامتناع عن المباح أولى من ارتكاب المحظور، وإن كانا ممن لا يقضي القاضي بشهادتهما لو شهدا عنده كالمحدودين في القذف والنساء وحدهن كان في سعةٍ من قتله لما ذكرنا أن الشهادة ليست بحجة بنفسها بل بقضاء القاضي، فإن كانت ممن لا يتصل بها القضاء كان وجودها وعدمها بمنزلة واحدة ولكن مع هذا إن توقف في ذلك فهو أفضل لاحتمال اتصال القضاء به في الجملة أو لاحتمال أن يكون صدقا حقيقةً عند الله عز وجل.

ولو شهد عنده رجل واحد عدل غير محدود في القذف ينبغي أن يتوقف في القتل لجواز أن ينضم إليه شاهد آخر، ولهذا لو شهد عند القاضي لتوقف أيضاً فكان الانتظار أفضل، ولو لم ينتظر واستعجل في قتله كان في سَعَةٍ منه لأن الموجود أحد شطري الشهادة وأنه لا يعتبر بدون الشطر الآخر.

ولو عاين الوارث رجلاً أخذ مالاً من أبيه أو أقرَّ عنده أنه أخذ مالاً من أبيه وادعى أنه كان وديعة له عند أبيه أو كان ديناً له عليه اقتضاه منه وسعه أن يأخذه منه، لأنه لما عاين أخذ المال منه فقد عاين السبب الموجب للضمان في الأصل وهو الأخذ، لأن الأخذ في الأصل سبب لوجوب ضمان المأخوذ وهو ردّ عينه

---

(١) تقدم.

(٢) أخرجه الطبراني كما في «المجمع» قال الهيثمي: وفيه عمران بن أبي الفضل، وهو ضعيف هذا بلفظه.

وبمعناه أخرجه في «السنن» أبو داود في كتاب الديات باب من قتل في عمياء بين قوم (٤٥٣٩) مرسلاً وباب فيمن قتل في عمِّيًا بين قوم (٤٥٩١).

والنسائي في «السنن» كتاب القسامة باب من قتل بحجر أو سوط (٨/ ٣٩).

وابن ماجه في «السنن» كتاب الديات باب من جال بين ولي المقتول وبين القود أو الدية (٢٦٣٥).

إن كان قائماً وردّ بدله إن كان هالكاً لقوله عليه الصلاة والسلام: «عَلَى اليدِ مَا أَخَذَتْ حتّى تَرُدَّه»(١) ودعوى الإيداع والدين أمر عارض فلا يسمع إلا بحجة وله أن يأخذه منه.

ولو امتنع عن الدفع يقاتله عليه، لقوله عليه الصلاة والسلام: «قاتِلْ دُونَ مَالِكَ»(٢) وكذا إذا أقر بذلك لأنه أقرّ بالسبب الموجب للضمان على ما بينا فله أن يأخذه منه.

وكذلك يسع لمن عاين ذلك أو سمع إقراره أن يعينه على الأخذ منه لكونه إعانةً على استيفاء الحق ظاهراً، ولو لم يعاين ذلك ولا أقر به عنده ولكن شهد شاهدان عدلان عنده أن هذا الشيء الذي في يد فلان ملك ورثته عن أبيك لا يسعه أخذه منه حتى يقضي القاضي بخلاف الإقرار، وقد مر الفرق بينهما في فصل القتل والله عز وجل أعلم.

وأما الذي ثبت حرمته في حق الرجال دون النساء فثلاثة أنواع:

منها: لبس الحرير المصمت من الديباج والقز، لما روي أنّ رسولَ الله ﷺ خرج وبإحدى يديه حرير وبالأخرى ذهب فقال: «هذان حرامان على ذكور أمتي حِلٌّ لإناثها»(٣).

وروي أنّ رسولَ الله ﷺ أعطى سيدَنا عمر رضي الله عنه حُلّةً فقال: «يا رسول الله كسوتني حلةً، وقد قلت في حلة عُطارد إنما يلبَسُهُ مَنْ لاَ خلاقَ لَهُ في الآخرة» فقال رسول الله ﷺ: «إنِّي لم أَكْسُكَها لتَلْبَسَهَا» وفي رواية: «إنما أعطيتك لتكسو بعض نسائك»(٤).

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) أخرجه البخاري في «تاريخه الأوسط» باب القاف (ترجمة قهيد بن مطرف الغفاري) وإسحاق بن راهويه في «مسنده» كما في «نصب الراية» للزيلعي (٤/٣٤٨).
وأخرج بمعناه أحمد في «مسنده» (١/ ١٨٧) و «الحميدي» (٨٣).
والنسائي في «السنن» كتاب في تحريم الدم: باب من قتل دون ماله (٧/ ١١٥، ١١٦).
والبخاري في «الصحيح» كتاب المظالم باب إثم من ظلم شيئاً من الأرض (٢٤٥٢).
ومسلم في «الصحيح» كتاب الإمارة باب استحباب طلب الشهادة في سبيل الله (١٩٠٩).
والترمذي في «السنن» كتاب فضائل الجهاد: باب ما جاء فيمن سأل الشهادة (١٦٥٣).
وأبو داود في «السنن» كتاب الصلاة باب في الاستغفار (١٥٢٠).

(٣) أخرجه أحمد (١/ ٩٦، ١١٥).
أخرجه أبو داود في «السنن» كتاب اللباس باب في الحرير للنساء (٤٠٥٧) والنسائي في «السنن» كتاب الزينة باب تحريم الذهب على الرجال (٨/ ١٦٠، ١٦١) وابن ماجه في «السنن» كتاب اللباس باب لبس الحرير والذهب للنساء (٣٥٩٥) وأبو يعلى في «مسنده» (٢٧٢، ٣٢٥).
والبيهقي في «السنن الكبرى» (٢/ ٤٢٥).

(٤) أخرجه البخاري في «الصحيح» كتاب الجمعة باب يلبس أحسن ما يجد (٨٨٦) وكتاب الهبة باب هدية ما يكره لبسها (٢٦١٢).
أخرجه مسلم في «الصحيح» كتاب اللباس والزينة باب تحريم استعمال إناء الذهب والفضة على الرجال والنساء... (٥٣٦٨).
والنسائي في «السنن» كتاب الزينة باب ذكر النهي عن لبس السيراء (٨/ ١٩٧) برقم (٥٣١٠).
وأبو داود في «السنن» (كتاب الصلاة، باب اللبس للجمعة ١٠٧٦).

فإن قيل: أليس روي أن رسول الله ﷺ خرج وعليه قَبَاءٌ من ديباج، قيل: نعم ثم نسخ، لما روي عن أنس رضي الله عنه أنه قال: «**لبس رسول الله ﷺ جبة حرير أهداها له أكيدر رومة**»(١) وذلك قبل أن ينهى عنه كذا قال أنس وهذا في غير حال الحرب.

وأما في حال الحرب فكذلك عند أبي حنيفة، وعند أبي يوسف ومحمد لا يكره لبس الحرير في حال الحرب.

وجه قولهما: أن في لبس الحرير في حال الحرب ضرورةً لأنه يحتاج إلى دفع ضرر السلاح عنه والحرير أدفع له وأهيب للعدو، وأيضاً فرخص للضرورة.

ولأبي حنيفة رضي الله عنه: إطلاق التحريم الذي روينا من غير فصل بين حال الحرب وغيرها وما ذكراه من الضرورة يندفع بلبس ما لحمته حرير وسداه غير حرير، لأن دفع ضرر السلاح وتهيب العدو يحصل به فلا ضرورة إلى لبس الحرير الخالص فلا تسقط الحرمة من غير ضرورة ولا فرق بين الكبير والصغير في الحرمة بعد أن كان ذكراً، لأن النبي عليه الصلاة والسلام أدار هذا الحكم على الذكورة بقوله عليه الصلاة والسلام: «**هذان حرامان على ذكور أمتي**»(٢) إلا أن اللابس إذا كان صغيراً فالإثم على من ألبسه لا عليه لأنه ليس من أهل التحريم عليه كما إذا سُقِيَ خمراً فشربها كان الإثم على الساقي لا عليه كذا ههنا.

هذا إذا كان كله حريراً وهو المصمت؛ فإن كانت لحمته حريراً وسداه غير حرير لا يكره لبسه في حال الحرب بالإجماع لما ذكرنا من ضرورة دفع مضرة السلاح وتهييب العدو، فأما في غير حال الحرب فمكروه لانعدام الضرروة وإن كان سداه حريراً ولحمته غير حرير لا يكره في حال الحرب وغيرها، وههنا نكتتان:

إحداهما: أن الثوب يصير ثوباً للحمة لأنه إنما يصير ثوباً بالنسج والنسج تركيب اللحمة بالسدى فكانت اللحمة كالوصف الأخير فيضاف الحكم إليه، وهذه النكتة تقتضي إباحة لبس الثياب العتابي والنكتة الثانية وهي نكتة الشيخ أبي منصور أن السدى إذا كان حريراً واللحمة غير حرير يصير السدى مستوراً باللحمة فأشبه الحشو، وهذه النكتة تقتضي أن لا يباح لبس العتابي لأن سداه ظاهر غير مستور.

والصحيح هو النكتة الأولى، لأن رواية الإباحة في لبس مطلق ثوب سداه حرير ولحمته غير حرير منصوصة فتجري على إطلاقها فلا تناسبها إلا النكتة الأولى، ولو جعل حشو القباء حريراً أو قزاً لا يكره لأنه مستور بالظهارة فلم يحصل معنى التزين والتنعم.

ألا يرى أن لابس هذا الثوب لا يسمى لابس الحرير والقز، ولو جعل الحرير بطانة يكره لأنه لابس الحرير حقيقة، وكذا معنى التنعم حاصل للتزين بالحرير ولطفه. هذا إذا كان الحرير كثيراً، فإن كان قليلاً

---

(١) أخرجه مسلم في «الصحيح» كتاب الزينة باب تحريم لبس الحرير وغير ذلك (٥٣٨٩).
أخرجه أبو داود في «السنن» كتاب اللباس باب ما جاء في لبس الحرير (٤٠٤٣).
والنسائي في «السنن» كتاب الزينة باب لبس الديباج المنسوج بالذهب (٨/ ١٩٩).
والترمذي في «السنن» كتاب اللباس والزينة باب (٣) (١٧٢٣).

(٢) تقدم تخريجه.

كأعلام الثياب والعمائم قدر أربعة أصابع فما دونها لا يكره، وكذا العلم المنسوج بالذهب لأنه تابع والعبرة للمتبوع.

ألا ترى أن لابسه لا يسمى لابسَ الحرير والذهب، وكذا جرت العادة بتعمم العمائم ولبس الثياب المعلمة بهذا القدر في سائر الأعصار من غير نكير فيكون إجماعاً، وكذا الثوب والقلنسوة الذي جعل على أطرافها حرير لا يكره إذا كان قدر أربعة أصابع فما دونها لما قلنا. وروي أن النبـيّ ﷺ **«لبس فروة وعلى أطرافها حرير»**[1]، وعن محمد أنه لا يسع ذلك في القلنسوة، وإن كان أقل من أربعة أصابع، وإنما رخص أبو حنيفة رضي الله عنه إذا كان في عرض الثوب.

وذكر في **«نوادر»** هشام عن محمد رحمه الله أنه يكره تكة الديباج والإبريسم لأنه استعمال الحرير مقصوداً لا بطريق التبعية فيكره، وإن قل بخلاف العلم ونحوه، هذا الذي ذكرنا حكم لبس الحرير.

فأما حكم التوسد به والجلوس والنوم عليه فغير مكروه عند أبـي حنيفة عليه الرحمة وعند أبـي يوسف ومحمد مكروه، لهما إطلاق التحريم الذي روينا من غير فصل بين اللبس وغيره، ولأن معنى التزين والتنعم كما يحصل باللبس يحصل بالتوسد والجلوس والنوم، ولأبـي حنيفة ما روي أنه كان على بساط عبد الله بن عباس رضي الله عنهما مرفقة من حرير.

وروي أن أنساً رضي الله عنه حضر وليمة فجلس على وسادة حرير عليها طيور، فدل فعله رضي الله عنه على رخصة الجلوس على الحرير وعلى الوسادة الصغيرة التي عليها صورة، وبه تبين أن المراد من التحريم في الحديث تحريم اللبس فيكون فعل الصحابي مبيناً لقول النبـي ﷺ لا مخالفاً له، والقياس باللبس غير سديد لأن التزين بهذه الجهات دون التزين باللبس لأنه استعمال فيه إهانة المستعمل بخلاف اللبس فيبطل الاستدلال به.

وأما المرأة فيحل لها لبس الحرير المصمت والديباج والقزّ لأن النبـي ﷺ أحل هذا للأناث بقوله عليه الصّلاة والسلام: **«حلٌّ لإنَاثِهَا»**[2].

ومنها: الذهب لأن النبي عليه الصلاة والسلام جمع بين الذهب وبين الحرير في التحريم على الذكور بقوله عليه الصلاة والسلام: **«هَذَانِ حَرَامَانِ عَلَى ذُكُورِ أُمّتِي»**[3] فيكره للرجل التزين بالذهب كالتختم ونحوه ولا يكره للمرأة، لقوله عليه الصلاة والسلام: **«حِلٌّ لإنَاثِها»**[4].

وروي عن النعمان بن بشير رضي الله عنه أنه قال: **«اتخذتُ خاتماً من ذَهَبٍ فدخلتُ على سيدنا**

---

(١) أخرجه مسلم في «الصحيح» كتاب اللباس باب تحريم لبس الحرير وغير ذلك للرجال (٥٣٧٦).
وأبو داود في «السنن» كتاب اللباس: باب الرخصة في العلم وخيط الحرير (٤٠٥٤) والترمذي في «السنن» كتاب الاستئذان باب ما جاء في كراهية الحرير والديباج (٢٨١٧) وابن ماجه في «السنن» كتاب لبس الحرير والديباج في الحرب (٢٨١٩) وكتاب اللباس باب الرخصة في العلم في الثوب (٣٥٩٤).

(٢) تقدم.

(٣) تقدم.

(٤) تقدم.

رسول الله ﷺ فقال: «مَالَكَ اتخذتَ حليَّ أهلِ الجَنّة قبْلَ أن تدخلها» فرميت ذلك واتخذت خاتماً من حديد، فدخلت عليه فقال: «مالَكَ اتخذت حلي أهل النار»؟ فاتخذت خاتماً من نحاس فدخلت عليه فقال إني أجد منك ريح الأصنام، فقلت كيف أصنع يا رسول الله؟ فقال عليه الصلاة والسلام: «اتخذهُ مِنَ الوَرِقِ ولاَ تَزِدْ عَلَى المِثقَال»[١].

والأصل أن استعمال الذهب فيما يرجع إلى التزين مكروه في حق الرجل دون المرأة لما قلنا، واستعماله فيما ترجع منفعته إلى البدن مكروه في حق الرجل والمرأة جميعاً حتى يكره الأكل والشرب والادّهان والتطيب من مجامر الذهب للرجل والمرأة لقول النبي عليه الصلاة والسلام: «إنّ الّذي يَشْرَبُ مِنْ آنيةِ الفضّة إنّما يجرجرُ في بطنه نارَ جهنّم»[٢] ومعلوم أن الذهب أشد حرمة من الفضة. ألا يرى أنه رخص عليه الصلاة والسلام التختم بالفضة للرجال ولا رخصة في الذهب أصلاً، فكان النص الوارد في الفضة وارداً في الذهب دلالةً من طريق الأولى كتحريم التأفيف مع تحريم الضرب والشتم، وكذلك الاكتحال بمكحلة الذهب أو بميل من ذهب مكروه للرجل والمرأة جميعاً لأن منفعته عائدة إلى البدن فأشبه الأكل والشرب.

وأما الإناء المضبّب بالذهب فلا بأس بالأكل والشرب فيه عند أبي حنيفة رضي الله عنه، وهو قول محمد ذكره في «الموطأ»، وعند أبي يوسف يكره وجه قول أبي يوسف أن استعمال الذهب حرام بالنص وقد حصل باستعمال الإناء فيكره.

وجه قولهما: أن هذا القدر من الذهب الذي عليه هو تابع له، والعبرة للمتبوع دون التابع، كالثوب المعلَّم والجبة المكفوفة بالحرير، وعلى هذا الخلاف الجلوس على السرير المضبب والكرسيّ والسرج واللجام والركاب والثفر المضببة، وكذا المصحف المضبب على هذا الخلاف، وكذا حلقة المرأة إذا كانت من الذهب ولبس ثوبٍ فيه كتابةٌ بذهبٍ على هذا الاختلاف.

وأما السيف المضبب والسكين فلا بأس به بالإجماع، وكذلك المنطقة المضببة لورود الآثار بالرخصة بذلك في السلاح، ولا بأس بشد الفَصّ بمسمار الذهب لأنه تبع للفص والعبرة للأصل دون التبع كالعلم للثوب ونحوه.

وأما شد السنّ المتحرك بالذهب فقد ذكر الكرخي رحمه الله أنه يجوز ولم يذكر خلافاً. وذكر في

---

(١) أخرجه الترمذي في «السنن» كتاب اللباس باب ما جاء في الخاتم الحديد (١٧٨٥) وقال: هذا حديث غريب.
وأبو داود في «السنن» كتاب الخاتم باب ما جاء في خاتم الحديد (٤٢٢٣) والنسائي في «السنن» كتاب الزينة باب مقدار ما يجعل في الخاتم من الفضة (٨/ ١٧٢).
وابن حبان في «صحيحه» كتاب الزينة والتطيب (٥٤٨٨) وفيه عبد الله بن بريدة: قال أبو حاتم: لا يحتج به كما في «الميزان» (٢/ ٥٠٤).
كلهم يرويه عن بريدة رضي الله عنه.

(٢) أخرجه أحمد في «المسند» (٦/ ٣٠٦) والبخاري في «الصحيح» كتاب الأشربة باب آنية الفضة (٥٦٣٤)، ومالك في «الموطأ» كتاب صفة النبي ﷺ باب النهي عن الشراب في آنية الفضة... (٢/ ٩٢٥)، ومسلم في «الصحيح» كتاب اللباس باب تحريم استعمال أواني الذهب والفضة في الشرب (٢٠٦٥). وابن ماجه في «السنن» كتاب الأشربة باب الشرب في آنية الفضة (٣٤١٣).

الجامع الصغير أنه يكره عند أبي حنيفة وعند محمد رحمهما الله لا يكره. ولو شدها بالفضة لا يكره بالإجماع. وكذا لو جدع أنفه فاتخذ أنفاً من ذهب لا يكره بالاتفاق، لأن الأنف ينتن بالفضة فلا بد من اتخاذه من ذهب فكان فيه ضرورة فسقط اعتبار حرمته.

وقد روي أنّ عرفجةَ أُصيبَ أنفُه يوم الكُلاب فاتخذَ أنفاً من وَرِقٍ فأنتن فأَمَرَهُ سيدُنا رسولُ اللَّهِ ﷺ أن يتخذ أنفاً مِنْ ذَهبٍ[1]، وبهذا الحديث يحتج محمد على ما ذكر في «الجامع» لجواز تضبيب السن بالذهب ولأنه يباح له أن يشده بالفضة فكذا بالذهب لأنهما في حرمة الاستعمال على السواء ولأنه تبع للسن والتبع حكمه حكم الأصل وهذا يوافق أصل أبي حنيفة رضي الله عنه. وحجة ما ذكر أبو حنيفة رضي الله عنه في الجامع إطلاق التحريم من غير فصل ولا يرخص مباشرة المحرم إلا لضرورة وهي تندفع بالأدنى وهو الفضة فبقي الذهب على أصل التحريم، والاستدلال بالفضة غير سديد لتفاوت بين الحرمتين على ما مر.

ولو سقط سنه يكره أن يأخذ سنَّ ميت فيشدها مكان الأولى بالإجماع، وكذا يكره أن يعيد تلك السن الساقطة مكانها عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ولكن يأخذ سن شاة ذكية فيشدها مكانها.

وقال أبو يوسف رحمه الله: لا بأس بسنّه، ويكره سنّ غيره قال: ولا يشبه سنه سن ميت أستحسن ذلك وبينهما عندي فصل ولكن لم يحضرني.

ووجه الفصل له من وجهين:

أحدهما: أن سن نفسه جزء منفصل للحال عنه لكنه يحتمل أن يصير متصلاً في الثاني بأن يلتئم فيشتد بنفسه فيعود إلى حالته الأولى وإعادة جزء منفصل إلى مكانه ليلتئم جائز كما إذا قطع شيء من عضوه فأعاده إلى مكانه، فأما سن غيره فلا يحتمل ذلك والثاني: أن استعمال جزء منفصل عن غيره من بني آدم إهانة بذلك الغير والآدمي بجميع أجزائه مكرم ولا إهانة في استعمال جزء نفسه في الإعادة إلى مكانه.

وجه قولهما: أن السن من الآدمي جزء منه فإذا انفصل استحق الدفن ككله والإعادة صرف له عن جهة الاستحقاق فلا تجوز وهذا لا يوجب الفصل بين سنه وسن وغيره.

ومنها: الفضة، لأن النص الوارد بتحريم الذهب على الرجال يكون وارداً بتحريم الفضة دلالةً فيكره للرجال استعمالها في جميع ما يكره استعمال الذهب فيه إلا التختم به إذا ضرب على صيغة ما يلبسه الرجال ولا يزيد على المثقال، لما روينا من حديث النعمان بن بشير رضي الله عنهما، وكذا المنطقة وحلية السيف والسكين من الفضة لما مر؛ وما لا يكره استعمال الذهب فيه لا يكره استعمال الفضة من طريق الأولى لأنها

---

(١) أخرجه أحمد في «المسند» (٥/ ٢٣) وأبو داود في «السنن» كتاب الخاتم باب ما جاء في ربط الأسنان بالذهب (٤٢٣٣، ٤٢٣٤)، والترمذي في «السنن» كتاب اللباس: باب ما جاء في شد الأسنان بالذهب (١٧٧٠) وقال: هذا حديث حسن غريب إنما نعرف من حديث عبد الرحمن بن طرفة.
والنسائي في «السنن» كتاب الزينة باب من أصيب أنفه هل يتخذ أنفاً من ذهب (٨/ ١٦٤).
وأبو يعلى في «مسنده» (١٥٠١، ١٥٠٢).
وابن حبان في «صحيحه» كتاب الزينة والتطيب (٥٤٦٢).

أخف حرمة من الذهب، وقد ذكرنا جميع ذلك على الاتفاق والاختلاف فلا نعيده.

وأما التختم بما سوى الذهب والفضة من الحديد والنحاس والصفر فمكروه للرجال والنساء جميعاً؛ لأنه زي أهل النار لما روينا من الحديث.

وأما الأواني المموهة بماء الذهب والفضة الذي لا يخلص منه شيء فلا بأس بالانتفاع بها في الأكل والشرب وغير ذلك بالإجماع، وكذا لا بأس بالانتفاع بالسرج والركاب والسلاح والسرير والسقف المموه، لأن التمويه ليس بشيء، ألا يرى أنه لا يخلص والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب.

كتاب البيوع

الكلام في هذا الكتاب في الأصل في مواضع: في بيان ركن البيع، وفي بيان شرائط الركن، وفي بيان أقسام البيع، وفي بيان ما يكره من البياعات وما يتصل بها، وفي بيان حكم البيع، وفي بيان ما يرفع حكم البيع.

أما ركن البيع فهو مبادلة شيء مرغوب بشيءٍ مرغوب. وذلك قد يكون بالقول وقد يكون بالفعل، أما القول فهو المسمى بالإيجاب والقبول في عرف الفقهاء، والكلام في الإيجاب والقبول في موضعين.

أحدهما: في صيغة الإيجاب والقبول.

والثاني: في صفة الإيجاب والقبول.

أما الأول فنقول: وبالله التوفيق الإيجاب والقبول قد يكون بصيغة الماضي وقد يكون بصيغة الحال.

أما بصيغة الماضي فهي أن يقول البائع بعت ويقول المشتري اشتريت فيتم الركن لأن هذه الصيغة، وإن كانت للماضي وضعاً لكنها جعلت إيجاباً للحال في عرف أهل اللغة والشرع، والعرف قاضٍ على الوضع، وكذا إذا قال البائع: خذ هذا الشيء بكذا أو أعطيتكه بكذا أو هو لك بكذا أو بذلتكه بكذا، وقال المشتري قبلت أو أخذت أو رضيت أو هويت ونحو ذلك فإنه يتم الركن؛ لأن كل واحد من هذه الألفاظ يؤدي معنى البيع وهو المبادلة والعبرة للمعنى لا للصورة.

وأما صيغة الحال فهي أن يقول البائع للمشتري أبيع منك هذا الشيء بكذا ونوى الإيجاب، فقال المشتري اشتريت أو قال المشتري أشتري منك هذا الشيء بكذا ونوى الإيجاب؛ وقال البائع أبيعه منك بكذا وقال المشتري اشتريه ونويا الإيجاب يتم الركن وينعقد وإنما اعتبرنا النية ههنا؛ وإن كانت صيغة أفعل للحال هو الصحيح لأنه غلب استعمالها للاستقبال، إما حقيقةً أو مجازاً فوقعت الحاجة إلى التعيين بالنية ولا ينعقد بصيغة الاستفهام بالاتفاق بأن يقول المشتري للبائع أتبيع مني هذا الشيء بكذا أو أبعته مني بكذا، فقال البائع بعت لا ينعقد ما لم يقل المشتري اشتريت.

[١/٢/م] وكذا إذا قال البائع للمشتري اشتر مني هذا الشيء بكذا/ فقال: اشتريت لا ينعقد ما لم يقل البائع بعت، وهل ينعقد بصيغة الاستقبال وهي صيغة الأمر بأن يقول المشتري للبائع بع عبدك هذا مني بكذا فيقول البائع بعت، قال أصحابنا رحمهم الله لا ينعقد ما لم يقل المشتري اشتريت، وكذا إذا قال البائع للمشتري اشتر مني هذا الشيء بكذا، فقال اشتريت لا ينعقد ما لم يقل البائع بعت عندنا، وقال الشافعي[١] رحمه الله: ينعقد.

(١) انظر «المجموع مع تكملة المطيعي» (١٠/ ١٩٠).

وجه قوله: أن هذه الصيغة تصلح شطر العقد في الجملة، ألا ترى أن من قال لآخر تزوج ابنتي، فقال المخاطب تزوجتُ، أو قال زوج ابنتك مني، فقال زوجت ينعقد النكاح فإذا صلحت هذه الصيغة شطراً في النكاح صلحت شطراً في البيع، لأن الركن في كل واحد منهما هو الإيجاب والقبول.

ولنا: أن قوله بع أو اشتر طلب الإيجاب والقبول وطلب الإيجاب والقبول لا يكون إيجاباً وقبولاً فلم يوجد إلا أحد الشطرين فلا يتم الركن، ولهذا لا ينعقد بلفظ الاستفهام لكون الاستفهام سؤال الإيجاب والقبول لا إيجاباً وقبولاً كذا هذا، وهذا هو القياس في النكاح إلا أنا استحسنا في النكاح بنص خاص وهو ما روى أبو يوسف أن بلالاً خطب إلى قوم من الأنصار فأبوا أن يزوِّجوه فقال: لولا أن رسول الله ﷺ أمرني أن أخطب إليكم لم أخطب فقالوا له: أملكت[1] ولم ينقل أن بلالاً رضي الله عنه قال: قبلتُ، فتركنا القياس هناك بالنص ولا نص في البيع فوجب العمل بالقياس ولأن هذه الصيغة مساومة حقيقة فلا تكون إيجاباً وقبولاً حقيقةً بل هي طلب الإيجاب والقبول فلا بد للإيجاب والقبول من لفظ آخر يدل عليهما ولا يمكن حمل هذه الصيغة على المساومة في باب النكاح. لأن المساومة لا توجد في النكاح عادةً فحملت على الإيجاب والقبول على أن الضرورة توجب أن يكون قول القائل زوّج ابنتك مني شطر العقد فلو لم تجعل شطر العقد/ لتضرر به [ب/٢/م] الولي لجواز أن يزوج ولا يقبل المخاطب فيلحقه الشّين فجعلت شطراً لضرورة دفع الضرر عن الأولياء وهذا المعنى في باب البيع منعدم فبقيت سؤالاً فلا يتم به الركن ما لم يوجد الشطر الآخر.

وأما صفة الإيجاب والقبول فهو: أن أحدهما لا يكون لازماً قبل وجود الآخر فأحد الشطرين بعد وجوده لا يلزم قبل وجود الشطر الآخر حتى إذا وجد أحد الشطرين من أحد المتبايعين فللآخر خيار القبول وله خيار الرجوع قبل قبول الآخر، لما روي عن أبي هريرة عن النبيّ ﷺ أنه قال: «**البَيِّعَانِ بالخِيَار مَا لَمْ يَفْتَرِقَا عَنْ بَيعِهِمَا**»[2] والخيار الثابت لهما قبل التفرق عن بيعهما هو خيار القبول وخيار الرجوع، ولأن أحد الشطرين لو لزم قبل وجود الآخر لكان صاحبه مجبوراً على ذلك الشطر وهذا لا يجوز.

وأما المبادلة بالفعل فهي التعاطي ويسمى هذا البيع بيع المراوَضة، وهذا عندنا، وقال الشافعي[3] رحمه الله: لا يجوز البيع بالتعاطي، لأن البيع في عرف الشرع كلام إيجاب وقبول، فأما التعاطي فلم يعرف في عرف الشرع بيعاً.

وذكر القدوري: أن التعاطي يجوز في الأشياء الخسيسة ولا يجوز في الأشياء النفيسة، ورواية الجواز في الأصل مطلق عن هذا التفصيل وهي الصحيحة، لأن البيع في اللغة والشرع اسم للمبادلة وهي مبادلة شيء مرغوب بشيء مرغوب وحقيقة المبادلة بالتعاطي وهو الأخذ والإعطاء، وإنما قول البيع والشراء دليل عليهما.

والدليل عليه قوله عزَّ وجلَّ: ﴿**إلاّ أَنْ تكُونَ تجارةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُم**﴾[4] والتجارة عبارة عن جعل الشيء

(١) أخرجه أبو داود في «المراسيل» عن الحكم بن عيينة (٢٠٠).
(٢) تقدم تخريجه.
(٣) انظر «المجموع مع تكملة المطيعي» (١٠/ ١٩٠).
(٤) سورة النساء، الآية: (٢٩).

للغير ببدلٍ وهو تفسير التعاطي، وقال سبحانه وتعالى: ﴿أُولَئِكَ الَّذِينَ اشْتَرَوُا الضَّلَالَةَ بِالْهُدَى فَمَا رَبِحَتْ تِجَارَتُهُمْ وَمَا كَانُوا مُهْتَدِينَ﴾[1] أطلق سبحانه وتعالى اسم التجارة على تبادل ليس فيه قول البيع.

وقال اللّهُ عزَّ وجلَّ: ﴿إِنَّ اللهَ اشْتَرَى مِنَ الْمُؤْمِنِينَ أَنفُسَهُمْ وَأَمْوَالَهُم بِأَنَّ لَهُمُ الْجَنَّةَ﴾[2] سمى سبحانه وتعالى مبادلة الجنة بالقتال في سبيل الله تعالى اشتراءً وبيعاً لقوله تعالى في آخر الآية: ﴿فَاسْتَبْشِرُوا بِبَيْعِكُمُ الَّذِي بَايَعْتُم بِهِ﴾[3] وإن لم يوجد لفظ البيع.

[أ/٣/م] وإذا ثبت أن حقيقة المبادلة بالتعاطي وهو الأخذ والإعطاء، فهذا يوجد في الأشياء الخسيسة/ والنفيسة جميعاً فكان التعاطي في كل ذلك بيعاً فكان جائزاً.

فصل: وأما شرائط الركن فلا يمكن الوصول إلى معرفتها إلا بعد معرفة أقسام البياعات، لأن منها ما يعم البياعات كلها، ومنها ما يخص البعض دون البعض فنقول: البيع في القسمة الأولى ينقسم قسمين: قسم يرجع إلى البدل، وقسم يرجع إلى الحكم.

أما الذي يرجع إلى البدل فينقسم قسمين آخرين:

أحدهما: يرجع إلى البدلين والآخر يرجع إلى أحدهما وهو الثمن، أما الأول فنقول البيع في حق البدلين ينقسم أربعة أقسام: بيع العين بالعين وهو بيع السلع بالسلع، ويسمى بيع المقايضة وبيع العين بالدين وهو بيع السلع بالأثمان المطلقة وهي الدراهم والدنانير وبيعها بالفلوس النافقة وبالمكيل الموصوف في الذمة والموزون الموصوف والعددي المتقارب الموصوف وبيع الدين بالعين وهو السلم وبيع الدين بالدين وهو بيع الثمن المطلق بالثمن المطلق وهو الصرف.

فأما الذي يرجع إلى أحد البدلين وهو الثمن فينقسم في حق البدل وهو الثمن خمسة أقسام: بيع المساومة وهو مبادلة المبيع بأي ثمنٍ اتفق، وبيع المرابحة وهو مبادلة المبيع بمثل الثمن الأول وزيادة ربح وبيع التولية وهو المبادلة بمثل الثمن الأول من غير زيادة ولا نقصان، وبيع الاشتراك وهو التولية لكن في بعض المبيع ببعض الثمن، وبيع الوضيعة وهو المبادلة بمثل الثمن الأول مع نقصان شيء منه.

وأما القسم الذي يرجع إلى الحكم فنذكره في باب حكم البيع إن شاء الله تعالى، وإذا عرفت أقسام البياعات فنذكر شرائطها وهي أنواع: بعضها شرط الانعقاد وبعضها شرط النفاذ، وهو ما لا يثبت الحكم بدونه، وإن كان قد ينعقد التصرف بدونه وبعضها شرط الصحة وهو ما لا صحة له بدونه وإن كان قد ينعقد وينفذ بدونه؛ وبعضها شرط اللزوم وهو ما لا يلزم البيع بدونه، وإن كان قد ينعقد وينفذ بدونه.

[ب/٣/م] أما شرائط الانعقاد فأنواع: بعضها يرجع إلى العاقد، وبعضها يرجع إلى نفس العقد، /وبعضها يرجع إلى مكان العقد، وبعضها يرجع إلى المعقود عليه.

---

(١) سورة البقرة، الآية: (١٦).
(٢) سورة التوبة، الآية: (١١١).
(٣) سورة التوبة، الآية: (١١١).

أما الذي يرجع إلى العاقد فنوعان:

أحدهما: أن يكون عاقلاً فلا ينعقد بيع المجنون والصبي الذي لا يعقل، لأن أهلية المتصرف شرط انعقاد التصرف، والأهلية لا تثبت بدون العقل، فلا يثبت الانعقاد بدونه؛ فأما البلوغ فليس بشرط لانعقاد البيع عندنا حتى لو باع الصبي العاقل مال نفسه ينعقد عندنا موقوفاً على إجازة وليه، وعلى إجازة نفسه بعد البلوغ.

وعند الشافعي: شرط فلا تنعقد تصرفات الصبي عنده أصلاً، وكذا ليس بشرط النفاذ في الجملة حتى لو توكل عن غيره بالبيع والشراء ينفذ تصرفه، وعنده لا ينفذ، وهي مسألة كتاب المأذون.

وكذا الحرية ليست بشرط لانعقاد البيع ولا لنفاذه حتى ينفذ بيع العبد المأذون بالإجماع، وينعقد بيع العبد المحجور إذا باع مال مولاه موقوفاً على إجازته عندنا.

وكذا الملك أو الولاية ليس بشرط لانعقاد البيع عندنا بل هو شرط النفاذ حتى يتوقف بيع الفضولي، وعنده شرط حتى لا يتوقف أصلاً، والمسألة تأتي في موضعها، وكذا إسلام البائع ليس بشرط لانعقاد البيع ولا لنفاذه ولا لصحته بالإجماع فيجوز بيع الكافر وشراؤه.

وقال الشافعي[1]: إسلام المشتري شرط جواز شراء الرقيق المسلم والمصحف حتى لا يجوز ذلك من الكافر.

وجه قوله: أن في تملك الكافر المسلم إذلالاً بالمسلم، وهذا لا يجوز، ولهذا يجبر على بيعه عندكم.

ولنا: عمومات البيع من غير فصل بين بيع العبد المسلم من المسلم وبين بيعه من الكافر، فهو على العموم إلا حيث ما خص بدليل، ولأن الثابت للكافر بالشراء ليس إلا الملك في المسلم، والكافر من أهل أن يثبت الملك له على المسلم ألا ترى أن الكافر يرث العبد المسلم من أبيه، وكذا إذا كان له عبد كافر فأسلم بقي ملكه فيه وهو في الحقيقة ملك مبتدأ لأن الملك عرض لا بقاءَ له فدل أن الكافر من أهل ثبوت الملك له في المسلم.

وقوله: فيه إذلال بالمسلم، قلنا: الملك عندنا لا يظهر فيما فيه إذلال بالمسلم فإنه لا يظهر في حق الاستخدام والوطء والاستمتاع/ بالجارية المسلمة، وإنما يظهر فيما لا ذلَّ فيه من الإعتاق والتدبير والكتابة [٤/أ م] والبيع، وبه تبين أن الجبر على البيع ليس لدفع الذل إذ لا ذلَّ على ما بينا. ولكن لاحتمال وجود فعل لا يحل ذلك في الإسلام لعداوة بين المسلم والكافر.

وإذا جاز شراء الذمي العبد المسلم فيجوز إعتاقه وتدبيره واستيلاده وكتابته لأن جواز هذه التصرفات مبني على الملك وقد وجد إلا أنه إذا دبره يسعى العبد في قيمته لأنه لا سبيل إلى إبقائه على ملكه ولا سبيل إلى الإزالة بالبيع، لأنه بيع المدبر وأنه لا يجوز فتعينت الإزالة بالسعاية.

(١) انظر «المجموع» (١٠/ ٤٣٤).

وكذا إذا كانت أمة فاستولدها فإنها تسعى في قيمتها لما قلنا. ويوجع الذمي ضرباً لوطئه المسلمة. لأنه حرام عليه فيستحق التعزير. وإذا كاتبه لا يعترض عليه لأنه أزال يده عنه حتى لو عجز ورد في الرقّ يجبر على بيعه.

وكذا الذمي إذا ملك شقصاً فالحكم في البعض كالحكم في الكل. ولو اشتراه مسلم من الكافر شراءً فاسداً فإنه يجبر على الردّ. لأن رد الفساد واجب حقاً للشرع ثم يجبر الكافر على بيعه والله سبحانه وتعالى أعلم.

وكذا النطق ليس بشرط لانعقاد البيع والشراء ولا لنفاذهما وصحتهما فيجوز بيع الأخرس وشراؤه إذا كانت الإشارة مفهومة في ذلك، لأنه إذا كانت الإشارة مفهومة في ذلك قامت الإشارة مقام عبارته.

هذا إذا كان الخرس أصلياً بأن ولد أخرس. فأما إذا كان عارضاً بأن طرأ عليه الخرس فلا إلا إذا دام به حتى وقع اليأس من كلامه، وصارت الإشارة مفهومة فيلحق بالأخرس الأصلي.

والثاني: العدد في العاقد. فلا يصلح الواحد عاقداً من الجانبين في باب البيع إلا الأب فيما يبيع مال نفسه من ابنه الصغير بمثل قيمته أو بما يتغابن الناس فيه عادةً أو يشتري مال الصغير لنفسه بذلك عند أصحابنا الثلاثة استحساناً والقياس أن لا يجوز ذلك أيضاً. وهو قول زفر رحمه الله.

[ب/٤/م] وجه القياس: أن الحقوق في باب البيع ترجع إلى العاقد. وللبيع حقوق متضادة مثل التسليم والتسلم/ والمطالبة فيؤدي إلى أن يكون الشخص الواحد في زمانٍ واحد مسلماً ومتسلماً. طالباً ومطالباً وهذا محال. ولهذا لم يجز أن يكون الواحد وكيلاً من الجانبين في باب البيع لما ذكرنا من الاستحالة. ويصلح رسولاً من الجانبين. لأن الرسول لا تلزمه الحقوق فلا يؤدي إلى الاستحالة.

وكذا القاضي يتولى العقد من الجانبين. لأن الحقوق لا ترجع إليه فكان بمنزلة الرسول، وبخلاف الوكيل في باب النكاح لأن الحقوق لا ترجع إليه فكان سفيراً محضاً بمنزلة الرسول.

وجه الاستحسان: قوله تبارك وتعالى: ﴿وَلاَ تَقْرَبُوا مَالَ اليتيم إلاّ بالّتي هِيَ أَحْسَنُ﴾[1] فيملكه الأب. وكذا البيع والشراء بمثل قيمته وبما يتغابن الناس فيه عادة قد يكون قرباناً على وجه الأحسن بحكم الحال، والظاهر أن الأب لا يفعل ذلك إلا في تلك الحال لكمال شفقته فكان البيع والشراء بذلك قرباناً على وجه الأحسن.

وقوله: يؤدي إلى الاستحالة. قلنا: ممنوع فإنه يجعل كأن الصبي باع أو اشترى بنفسه وهو بالغ فتعدد العاقد حكماً فلا يؤدي إلى الاستحالة.

وأما الوصي إذا باع مال نفسه من الصغير أو اشترى مال الصغير لنفسه، فإن لم يكن فيه نفع ظاهر لا يجوز بالإجماع، وإن كان فيه نفع ظاهر جاز، عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وعند محمد لا يجوز، لأن القياس يأبى جوازه أصلاً من الأب والوصي جميعاً لما ذكرنا من الاستحالة إلا أن الأب لكمال شفقته جعل

(١) سورة الأنعام، الآية: (١٥٢).

شخصه المتحد حقيقةً متعدداً ذاتاً ورأياً وعبارة، والوصي لا يساويه في الشفقة فبقي الأمر فيه على أصل القياس.

ولأبي حنيفة وأبي يوسف رضي الله عنهما: أن تصرف الوصي إذا كان فيه نفع ظاهر لليتيم قربان ماله على وجه الأحسن فيملكه بالنص.

قوله: لا يمكن إلحاق الوصي بالأب لقصور شفقته، قلنا: الوصي له شبهان شبه بالأب وشبه بالوكيل، أما شبهه بالوكيل/ فلكونه أجنبياً وشبهه بالأب لكونه مرضي الأب، فالظاهر أنه ما رضي به إلا لوفور شفقته [أ/٥/م] على الصغير فأثبتنا له الولاية عند ظهور النفع عملاً بشبه الأب، وقطعنا ولايته عند عدمه عملاً بشبه الوكيل عملاً بالشبهين بقدر الإمكان.

فصل: وأما الذي يرجع إلى نفس العقد فهو أن يكون القبول موافقاً للإيجاب، بأن يقبل المشتري ما أوجبه البائع وبما أوجبه، فإن خالفه بأن قبل غير ما أوجبه أو بعض ما أوجبه أو بغير ما أوجبه أو ببعض ما أوجبه لا ينعقد من غير إيجابٍ مبتدأ موافق.

بيان هذه الجملة: إذا أوجب البيع في العبد فقبل في الجارية لا ينعقد، وكذا إذا أوجب في العبدين فقبل في أحدهما بأن قال بعت منك هذين العبدين بألف درهم، فقال المشتري قبلت في هذا العبد، وأشار إلى واحد معين لا ينعقد، لأن القبول في أحدهما تفريق الصفقة على البائع، والصفقة إذا وقعت مجتمعة من البائع لا يملك المشتري تفريقها قبل التمام، لأن من عادة التجار ضم الرديء إلى الجيد ترويجاً للرديء بواسطة الجيد، فلو ثبت للمشتري ولاية التفريق لقبل في الجيد دون الرديء فيتضرر به البائع، والضرر منفي ولأن غرض الترويج لا يحصل إلا بالقبول فيهما جميعاً فلا يكون راضياً بالقبول في أحدهما، ولأن القبول في أحدهما يكون إعراضاً عن الجواب بمنزلة القيام عن المجلس. وكذا لو أوجب البيع في كل العبد فقبل المشتري في نصفه لا ينعقد لأن البائع يتضرر بالتفريق لأنه يلزمه عيب الشركة ثم إذا قبل المشتري بعض ما أوجبه البائع كان هذا شراءً مبتدأً من البائع. فإن اتصل به الإيجاب من البائع في المجلس فينظر إن كان للبعض الذي قبله المشتري حصة معلومة من الثمن جاز وإلا فلا.

بيانه إذا قال بعت منك هذين الكرين بعشرين درهماً فقبل المشتري في أحدهما وأوجب البائع جاز لأن الثمن ينقسم على المبيع باعتبار الأجزاء فيما له مثل فكان بيع الكرين بعشرين بيع كل كر بعشرة لتماثل قفزان الكرين.

وكذلك إذا قال: بعت منك هذين العبدين بألف درهم فقبل المشتري في أحدهما وبّين ثمنه، فقال البائع بعت يجوز. فأما إذا لم يبين ثمنه لا يجوز وإن ابتدأ البائع الإيجاب بخلاف مسألة الكرين وسائر الأشياء المتماثلة لما ذكرنا أن الثمن في المثلات/ ينقسم على المبيع باعتبار الأجزاء فكان حصة كل واحد [ب/٥/م] معلوماً وفيما لا مثل له لا ينقسم الثمن على المبيع باعتبار الأجزاء لانعدام تماثل الأجزاء وإذا لم ينقسم بقيت حصة كل واحد منهما من الثمن مجهولة وجهالة الثمن تمنع صحة البيع.

هذا إذا لم يبين البائع حصة كل واحد من العبدين بأن قال: بعت منك هذين العبدين بألف درهم. فأما

إذا بين بأن قال بعت منك هذين العبدين هذا بألف وهذا بخمسمائة فقبل المشتري في أحدهما دون الآخر جاز البيع لانعدام تفريق الصفقة من المشتري بل البائع هو الذي فرق الصفقة حيث سمى لكل واحد منهما ثمناً على حدة وعلم أنه لا ضرر له فيه. ولو كان فهو ضرر مرضي به وأنه غير مدفوع.

وكذا إذا أوجب البيع في شيء بألف فقبل فيه بخمسمائة لا ينعقد. وكذا لو أوجب بجنس ثمن فقبل بجنس آخر إلا إذا رضي البائع به في المجلس.

وعلى هذا إذا خاطب البائع رجلين فقال بعتكما هذا العبد أو هذين العبدين فقبل أحدهما دون الآخر لا ينعقد لأنه أضاف الإيجاب في العبدين أو عبد واحد إليهما جميعاً فلا يصلح جواب أحدهما جواباً للإيجاب، وكذا لو خاطب المشتري رجلين فقال اشتريت منكما هذا العبد بكذا فأوجب في أحدهما لم ينعقد لما قلنا.

فصل: وأما الذي يرجع إلى مكان العقد فواحد وهو اتحاد المجلس بأن كان الإيجاب والقبول في مجلس واحد، فإن اختلف المجلس لا ينعقد حتى لو أوجب أحدهما البيع فقام الآخر عن المجلس قبل القبول أو اشتغل بعمل آخر يوجب اختلاف المجلس ثم قبل لا ينعقد، لأن القياس أن لا يتأخر أحد الشطرين عن الآخر في المجلس لأنه كما وجد أحدهما انعدم في الثاني من زمان وجوده فوجد الثاني والأول منعدم فلا ينتظم الركن، إلا أن اعتبار ذلك يؤدي إلى انسداد باب البيع فتوقف أحد الشطرين على الآخر حكماً وجعل المجلس جامعاً للشطرين مع تفرقهما للضرورة وحق الضرورة يصير مقتضياً عند اتحاد المجلس، فإذا اختلف لا يتوقف، وهذا عندنا وعند الشافعي رحمه الله الفور مع ذلك شرط لا ينعقد الركن بدونه.

[١/٦/م] وجه قوله:/ ما ذكرنا أن القياس أن لا يتأخر أحد الشطرين عن الآخر، والتأخر لمكان الضرورة وإنها تندفع بالفور.

ولنا: أن في ترك اعتبار الفور ضرورة لأن القابل يحتاج إلى التأمل، ولو اقتصر على الفور لا يمكنه التأمل، وعلى هذا إذا تبايعا وهما يمشيان أو يسيران على دابتين أو دابة واحدة في محمل واحد، فإن خرج الإيجاب والقبول منهما متصلين انعقد، وإن كان بينهما فصل وسكوت وإن قل لا ينعقد لأن المجلس تبدل بالمشي والسير وإن قل ألا ترى أنه لو قرأ آية سجدة وهو يمشي على الأرض أو يسير على دابة لا يصلى عليها مراراً يلزمه لكل قراءة سجدة؛ وكذا لو خير امرأته وهي تمشي على الأرض أو تسير على دابة لا يصلى عليها فمشت أو سارت يبطل خيارها لتبدل المجلس، وإن اختارت نفسها متصلاً بتخيير الزوج صح اختيارها لأن المجلس لم يتبدل فكذا ههنا، ولو تبايعا وهما واقفان انعقد لاتحاد المجلس، ولو أوجب أحدهما وهما واقفان فسار الآخر قبل القبول أو سارا جميعاً ثم قبل لا ينعقد لأنه لما سارا وسارا فقد تبدل المجلس قبل القبول فلم يجتمع الشطران في مجلس واحد.

ولو وقفا فخير امرأته ثم سار الزوج وهي واقفة فالخيار في يدها ولو سارت هي والزوج واقف بطل خيارها فالعبرة لمجلسها لا لمجلس الزوج، وفي باب البيع يعتبر مجلسهما جميعاً، لأن التخيير من قبل الزوج لازم.

ألا ترى أنه لا يملك الرجوع عنه فلا يبطل بالإعراض وأحد الشطرين في باب البيع لا يلزم قبل قبول

الآخر فاحتمل البطلان بالإعراض، ولو تبايعا وهما في سفينة ينعقد، سواء كانت واقفة أو جارية خرج الشطران متصلين أو منفصلين بخلاف المشي على الأرض والسير على الدابة، لأن جريان السفينة بجريان الماء لا بإجرائه.

ألا ترى أن راكب السفينة لا يملك وقفها فلم يكن جريانها مضافاً إليه فلم يختلف المجلس فأشبه البيت بخلاف المشي والسير، أما المشي فظاهر لأنه فعله وكذا سير الدابة/ مضاف إليه. [ب/٦/م]

ألا ترى أنه لو سيرها سارت ولو وقفها وقفت فاختلف المجلس بسيرها، ولهذا لو كرر آية السجدة في السفينة وهي جارية لا يلزمه إلا سجدة واحدة كما لو كررها في بيت واحد، وكذا لو خير امرأته في السفينة وهي جارية فهي على خيارها ما لم يوجد منها دليل الإعراض.

وعلى هذا إذا أوجب أحدهما البيع والآخر غائب فبلغه فقبل لا ينعقد بأن قال بعت عبدي هذا من فلان الغائب بكذا فبلغه فقبل، ولو قبل عنه قابل ينعقد والأصل في هذا أن أحد الشطرين من أحد العاقدين في باب البيع يتوقف على الآخر في المجلس ولا يتوقف على الشطر الآخر من العاقد الآخر فيما وراء المجلس بالإجماع إلا إذا كان عنه قابل أو كان بالرسالة أو بالكتابة.

أما الرسالة فهي أن يرسل رسولاً إلى رجل ويقول للرسول إني بعت عبدي هذا من فلان الغائب بكذا فاذهب إليه وقل له إن فلاناً أرسلني إليك وقال لي:قل له إني قد بعت عبدي هذا من فلان بكذا فذهب الرسول وبلغ الرسالة فقال المشتري في مجلسه ذلك قبلتُ انعقدَ البيعُ، لأن الرسول سفير ومعبر عن كلام المرسل ناقل كلامه إلى المرسل إليه فكأنه حضر بنفسه فأوجب البيع وقبل الآخر في المجلس.

وأما الكتابة فهي أن يكتب الرجل إلى رجل: أما بعد فقد بعت عبدي فلاناً منك بكذا فبلغه الكتاب، فقال في مجلسه اشتريت، لأن خطاب الغائب كتابُه فكأنه حضر بنفسه وخاطب بالإيجاب وقبل الآخر في المجلس ولو كتب شطر العقد ثم رجع صحّ رجوعه، لأن الكتاب لا يكون فوق الخطاب، ولو خاطب ثم رجع قبل قبول الآخر صح رجوعه، فههنا أولى، وكذا لو أرسل رسولاً ثم رجع، لأن الخطاب بالرسالة لا يكون فوق المشافهة وذا محتمل للرجوع فههنا أولى.

وسواء علم الرسول رجوع المرسِل أو لم يعلم به بخلاف ما إذا وكَّل إنساناً ثم عزله بغير علمه لا يصح عزله لأن الرسول يحكي كلام المرسِل وينقله إلى المرسَل إليه فكان سفيراً ومعبراً محضاً فلم يشترط/ علم الرسول بذلك. فأما الوكيل فإنما يتصرف عن تفويض الموكل إليه فشرط علمه بالعزل صيانة له عن التغرير على ما نذكره في كتاب الوكالة. [أ/٧/م]

وكذا هذا في الإجارة والكتابة إن اتحاد المجلس شرط للانعقاد ولا يتوقف أحد الشطرين من أحد العاقدين على وجود الشطر الآخر إذا كان غائباً لأن كل واحد منهما عقد معاوضة إلا إذا كان عن الغائب قابل أو بالرسالة أو بالكتابة كما في البيع.

وأما في النكاح فهل يتوقف بأن يقول رجل للشهود اشهدوا أني قد تزوجت فلانة بكذا وبلغها فأجازت أو قالت امرأة:اشهدوا أني زوجت نفسي من فلان بكذا فبلغه، فأجاز عند أبي حنيفة ومحمد لا يتوقف أيضاً

إلا إذا كان عن الغائب قابل، وعند أبي يوسف يتوقف، وإن لم يقبل عنه أحد.

وكذا الفضولي من الجانبين بأن قال: زوجت فلانة من فلان وهما غائبان فبلغهما فأجازا لم يجز عندهما، وعند أبي يوسف يجوز، وهذه مسألة كتاب النكاح، والفضولي من الجانبين في باب البيع إذا بلغهما فأجازا لم يجز بالإجماع والله سبحانه وتعالى أعلم.

وأما الشطر في باب الخلع فمن جانب الزوج يتوقف بالإجماع حتى لو قال خالعت امرأتي الغائبة على كذا فبلغها الخبر فقبلت جاز.

وأما من جانب المرأة فلا يتوقف بالإجماع حتى لو قالت اختلعت من زوجي فلان الغائب على كذا فبلغه الخبر فأجاز لم يجز.

ووجه الفرق أن الخلع في جانب الزوج يمين، لأنه تعليق الطلاق بقبول المال فكان يميناً، ولهذا لا يملك الرجوع عنه وتصح فيه الإضافة إلى الوقت والتعليق بالشرط بأن يقول الزوج خالعتك غداً، وإن قدم فلان فقد خالعتك على كذا، وإذا كان يميناً فغيبة المرأة لا تمنع صحة اليمين كما في التعليق بدخول الدار وغير ذلك.

وأما من جانب المرأة فهو معاوضة، ولهذا لا يصح تعليقه بالشرط من جانبها ولاتصح إضافته إلى وقت وتملك الرجوع قبل إجازة الزوج وإذا كان معاوضة فالشطر في المعاوضات لا يتوقف كما في البيع وغيره.

وكذا الشطر في إعتاق العبيد على مال من جانب المولى يتوقف إذا كان العبد غائباً، ومن جانب العبد لا يتوقف إذا/ كان المولى غائباً، لأنه من جانبه تعليق العتق بالشرط، ومن جانب العبد معاوضة. [ب/٧/م]

والأصل أن في كل موضع لا يتوقف الشطر على ما وراء المجلس يصح الرجوع عنه ولا يصح تعليقه بالشرط وإضافته إلى الوقت كما في البيع والإجارة والكتابة، وفي كل موضع يتوقف الشطر على ما وراء المجلس لا يصح الرجوع عنه ويصح تعليقه بالشرط وإضافته إلى الوقت كما في الخلع من جانب الزوج والإعتاق على مال من جانب المولى والله سبحانه وتعالى أعلم.

فصل: وأما الذي يرجع إلى المعقود عليه فأنواع:

منها: أن يكون موجوداً فلا ينعقد بيع المعدوم وماله خطر العدم كبيع نتاج النتاج بأن قال: بعت ولد ولد هذه الناقة وكذا بيع الحمل لأنه إن باع الولد فهو بيع المعدوم، وإن باع الحمل فله خطر المعدوم، وكذا بيع اللبن في الضرع لأنه له خطر لاحتمال انتفاخ الضرع، وكذا بيع الثمر والزرع قبل ظهوره لأنهما معدوم، وإن كان بعد الطلوع جاز، وإن كان قبل بدو صلاحهما إذا لم يشترط الترك.

ومن مشايخنا من قال: لا يجوز إلا إذا صار بحال ينتفع به بوجه من الوجوه، فإن كان بحيث لا ينتفع به أصلاً لا ينعقد.

واحتجوا بما روي عن النبي ﷺ: «أنه نَهَى عَنْ بَيْعِ الثمَار قَبْلَ بدوِّ صَلاَحِهَا»[(١)] ولأنه إذا لم يبد صلاحها لم تكن منتفعاً بها فلا تكون مالاً فلا يجوز بيعها، وهذا خلاف الرواية، فإن محمداً ذكر في كتاب الزكاة في باب العشر أنه لو باع الثمار في أول ما تطلع وتركها بأمر البائع حتى أدركت فالعشر على المشتري ولو لم يجز بيعها حين ما طلعت لما وجب عشرها على المشتري.

والدليل على جواز بيعه ما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «من بَاعَ نَخْلاً مؤبَّرةً فثمرتُهُ للبَائِع»[(٢)] إلا أن يشترطها المبتاع جعل الثمرة للمشتري بالشرط من غير فصل بين ما إذا بدا صلاحها أو لا دل أنها محل البيع كيف ما كان والمعنى فيه وهو أنه باع ثمرة موجودة وهي بعرض أن تصير منتفعاً بها في الثاني، وإن لم يكن منتفعاً/ بها في الحال فيجوز بيعها كبيع جرو الكلب على أصلنا وبيع المهر والجحش والأرض السبخة والنهي [١/٨م] محمول على بيع الثمار مدركة قبل إدراكها بأن باعها ثمراً وهي بسر أو باعها عنباً وهي حصرم دليل صحة هذا التأويل.

قوله عليه السلام في سياق الحديث: «أَرَأَيْتَ إِنْ مَنَعَ اللَّهُ الثَّمَرَةَ بِمَ يستَحِلُّ أَحَدُكُمْ مَالَ صَاحِبِهِ»[(٣)] ولفظة المنع تقتضي أن لا يكون ما وقع عليه البيع موجوداً لأن المنع منع الوجود وما يوجد من الزرع بعضه بعد بعض كالبطيخ والباذنجان فيجوز بيع ما ظهر منه ولا يجوز بيع ما لم يظهر، وهذا قول عامة العلماء رضي الله عنهم.

وقال مالك رحمه الله: إذا ظهر فيه الخارج الأول يجوز بيعه، لأن فيه ضرورة لأنه لا يظهر الكل دفعة واحدة بل على التعاقب بعضها بعد بعض فلو لم يجز بيع الكل عند ظهور البعض لوقع الناس في الحرج.

ولنا: أن ما لم يظهر منه معدوم فلا يحتمل البيع ودعوى الضرورة والحرج ممنوعة فإنه يمكنه أن يبيع الأصل بما فيه من الثمر وما يحدث منه بعد ذلك يكون ملك المشتري.

---

(١) أخرجه أحمد في «المسند» (٢/ ٤٦، ٧٩، ١٠٨).
والبخاري في «الصحيح» كتاب الزكاة: باب من باع ثماره أو نخله أو أرضه أو زرعه (١٤٨٦)، ومسلم في «الصحيح» كتاب البيوع باب النهي عن بيع الثمار قبل بدو صلاحها (١٥٣٤) وأبو داود في «السنن» كتاب البيوع باب بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها (٣٣٦٧) والنسائي في «السنن» كتاب البيوع باب بيع الثمر قبل أن يبدو صلاحه (٧/ ٢٦٢).

(٢) أخرجه أحمد في «المسند» (٢/ ٩) والحميدي في «مسنده» (٦١٣).
ومسلم في «الصحيح» كتاب البيوع باب من باع نخلاً عليها ثمر (١٥٤٣).
وأبو داود في «السنن» كتاب البيوع باب في العبد يباع وله مال (٣٤٣٣).
والنسائي في «السنن» كتاب البيوع باب العبد يباع ويستثني المشتري ماله (٧/ ٢٩٧).
وابن ماجه في «السنن» كتاب التجارات باب ما جاء فيمن باع نخلاً مؤبراً أو عبداً له مال وابن الجارود (٦٢٨، ٦٢٩).
والبيهقي في «السنن الكبرى» (٥/ ٣٢٤).

(٣) أخرجه مالك في «الموطأ» كتاب البيوع باب النهي عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها (٢/ ٦١٨).
أحمد في «المسند» (٣/ [illegible]) والبخاري في «الصحيح» كتاب الزكاة باب من باع ثماره أو نخله أو زرعه (١٤٨٨).
ومسلم في «الصحيح» كتاب المساقاة باب وضع الجوائح (١٥٥٥).
والنسائي في «السنن» كتاب البيوع باب شراء الثمار قبل أن يبدو صلاحها (٧/ ٢٦٤).
والبيهقي في «السنن الكبرى» (٥/ ٣٠٠).

وقد روي أنَّ رَسُولَ الله ﷺ: «نَهى عَنْ بَيْعِ الحَبَلِ وحَبَلِ الحَبَلِ»(١) وروي «حَبَل الحبَلَة» وهو بمعنى الأول وإنما زيادة الهاء للتأكيد والمبالغة، وروى حبل الحبلة بحفظ الهاء من الكلمة الأخيرة والحبلة هي الحبلى فكان نهياً عن بيع ولد الحبلى.

وروي عنه عليه الصلاة والسلام: أنه: «نَهَى عَنْ بَيْعِ اللَّبَنِ في الضَّرع وبَيْع عَسْبِ الفحل»(٢) لأن عسب الفحل ضرابه وهو عند العقد معدوم، وقد روي أن رسول الله ﷺ «نهى عن عسب الفحل»(٣) ولا يمكن حمل النهي على نفس العسب وهو الضراب لأن ذلك جائز بالإعارة فيحمل على البيع والإجارة إلا أنه حذف ذلك وأضمره فيه كما في قوله تعالى: ﴿واسأل القرية﴾ وغير ذلك، ولا يجوز بيع الدقيق في الحنطة والزيت في الزيتون والدهن في السمسم والعصير في العنب والسمن في اللبن.

ويجوز بيع الحنطة وسائر الحبوب في سنابلها، لأن بيع الدقيق في الحنطة والزيت في الزيتون ونحو ذلك بيع المعدوم، لأنه لا دقيق في الحنطة ولا زيت في الزيتون لأن الحنطة اسم للمركب والدقيق اسم للمتفرق فلا دقيق في حال كونه حنطة ولا زيت حال/ كونه زيتوناً فكان هذا بيع المعدوم فلا ينعقد بخلاف [ب/٨/م] بيع الحنطة في سنبلها، لأن ما في السنبل حنطة إذ هي اسم للمركب وهي في سنبلها على تركيبها، فكان بيع الموجود حتى لو باع تبن الحنطة في سنبلها دون الحنطة لا ينعقد لأنه لا يصير تبناً إلا بالعلاج وهو الدق فلم يكن تبناً قبله فكان بيع المعدوم فلا ينعقد، وبخلاف بيع الجذع في السقف والآجر في الحائط وذراع من كرباس أو ديباج أنه ينعقد حتى لو نزع وقطع وسلم إلى المشتري يجبر على الأخذ، وههنا لا ينعقد أصلاً حتى لو طحن أو عصر وسلم لا يجبر المشتري على القبول، لأن عدم النفاذ هناك ليس لخلل في الركن ولا في العاقد والمعقود عليه بل لمضرة تلحق العاقد بالنزع والقطع فإذا نزع وقطع فقد زال المانع فنفذ أما ههنا فالمعقود عليه معدوم حالة العقد ولا يتصور انعقاد العقد بدونه فلم ينعقد أصلاً فلا يحتمل النفاذ فهو الفرق.

وكذا بيع البزر في البطيخ [غير](٤) صحيح؛ لأنه بمنزلة الزيت في الزيتون وبيع النوى في التمر، وكذلك بيع اللحم في الشاة الحية لأنها إنما تصير لحماً بالذبح والسلخ؛ فكان بيع المعدوم فلا ينعقد.

وكذا بيع الشحم الذي فيها وإليتها وأكارعها ورأسها لما قلنا، وكذا بيع البحير في السمسم لأنه إنما يصير بحيراً بعد العصر.

وعلى هذا يخرج ما إذا قال بعتك هذا الياقوت بكذا فإذا هو زجاج أو قال بعتك هذا الفص على أنه ياقوت بكذا فإذا هو زجاج أو قال بعتك هذا الثوب الهروي بكذا فإذا هو مروي، أو قال بعتك هذا الثوب على أنه مروي فإذا هو هروي لا ينعقد البيع في هذه المواضع، لأن المبيع معدوم.

---

(١) أخرجه أحمد (٢/ ٥، ٦٣، ١٠٨) ومالك في «الموطأ» كتاب البيوع باب ما لا يجوز من بيع الحيوان (٢/ ٦٥٣). والترمذي في «السنن» كتاب البيوع باب ما جاء في بيع حبل الحبلة (١٢٢٩). والبخاري في «الصحيح» كتاب البيوع باب بيع الغرر وحبل الحبلة (٢١٤٣).

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) تقدم.

(٤) سقط من المطبوع.

والأصل في هذا أن الإشارة مع التسمية إذا اجتمعتا في باب البيع فيما يصلح محل البيع ينظر إن كان المشار إليه من خلاف الجنس المسمى فالعبرة للتسمية ويتعلق العقد بالمسمى، وإن كان من جنسه لكن يخالفه في الصفة، فإن تفاحش التفاوت بينهما فالعبرة للتسمية أيضاً عندنا ويلحقان بمختلفي الجنس، وإن قل التفاوت فالعبرة للمشار إليه ويتعلق العقد به.

وإذا عرف هذا فنقول/ الياقوت مع الزجاج جنسان مختلفان، وكذا الهروي مع المروي نوعان [٩/أ م] مختلفان، فيتعلق العقد فيه بالمسمى وهو معدوم فيبطل ولا ينعقد، ولو قال: بعتك هذا العبد، فإذا هو جارية لا ينعقد عند أصحابنا الثلاثة رحمهم الله، وعند زفر رحمه الله يجوز.

وجه قوله: أن المسمى ههنا من جنس المشار إليه أعني العبد والجارية وإنما يختلفان في صفة الذكورة والأنوثة وهذا لا يمنع تعلق العقد بالمشار إليه كما إذا قال بعتك هذه الشاة على أنها نعجة فإذا هي كبش.

ولنا: أنهما جنسان مختلفان في المعنى لاختلاف جنس المنفعة المطلوبة اختلافاً فاحشاً فالتحقا بمختلفي الجنس حقيقة، بخلاف النعجة مع الكبش لأنهما اتفقا جنساً ذاتاً ومعنى، أما ذاتاً فظاهر، لأن اسم الشاة يتناولهما.

وأما معنى فلأن المطلوب من كل واحد منهما منفعة الأكل فتجانسا ذاتاً ومنفعة فتعلق العقد بالمشار إليه وهو موجود محل للبيع فجاز بيعه ولكن المشتري بالخيار لأنه فاتته صفة مرغوبة فأوجب ذلك خللاً في الرضا فيثبت له الخيار، وكذا لو باع داراً على أن بناءها آجر فإذا هو لبن لا ينعقد لأنهما يتفاوتان في المنفعة تفاوتاً فاحشاً فكانا كالجنسين المختلفين.

وكذا لو باع ثوباً على أنه مصبوغ بعصفر، فإذا هو مصبوغ بزعفران لا ينعقد لأن العصفر مع الزعفران يختلفان في اللون اختلافاً فاحشاً، وكذا لو باع حنطة في جولق فإذا هو دقيق أو شرط الدقيق فإذا هو خبز لا ينعقد، لأن الحنطة مع الدقيق جنسان مختلفان، وكذا الدقيق مع الخبز.

ألا ترى إن من غصب من آخر حنطة وطحنها ينقطع حق الملك دل أنها تصير بالطحن شيئاً آخر فكان بيع المعدوم فلا ينعقد، وإن قال: بعتك هذه الشاة على أنها ميتة فإذا هي ذكية جاز بالإجماع، لأن الميتة ليست بمحل للبيع فلغت التسمية وبقيت الإشارة إلى الذكية، ولو قال بعتك هذا الثوب القز، فإذا هو ملحم ينظر إن كان سداه من القز ولحمته من غيره لا ينعقد وإن كان لحمته من القز فالبيع جائز، لأن الأصل في الثوب هو اللحمة لأنه إنما يصير ثوباً بها فإذا كانت لحمته/ من غير القز فقد اختلف الجنس فكانت العبرة [٩/ب م] للتسمية والمسمى معدوم فلم ينعقد البيع، وإذا كانت من القز فالجنس لم يختلف فنعتبر الإشارة والمشار إليه موجود فكان محلاً للبيع إلا أنه يثبت الخيار للمشتري، لأن كون السدى منه أمر مرغوب فيه وقد فات فوجب الخيار.

وكذلك إذا قال بعتك هذا الثوب الخز بكذا فإذا هو ملحم فهو على التفصيل إلا أن لحمته إذا كانت خزاً وسداه من غيره حتى جاز البيع فقد قيل إنه ينبغي أن لا يثبت الخيار للمشتري ههنا، لأن الخز هكذا ينسج بخلاف القز.

ولو باع جبة على أن بطانتها وظهارتها كذا وحشوها كذا، فإن كانت الظهارة من غير ما شرط لا ينعقد البيع، وإن كانت البطانة والحشو مما شرط، وإن كانت الظهارة مما شرط جاز البيع، وإن كانت البطانة والحشو من غير ما شرط لأن الأصل هو الظهارة.

ألا ترى أنه ينسب الثوب إليها ويختلف الاسم باختلافها وإنما البطانة تجري مجرى التابع لها، وكذا الحشو فكان المعقود عليه هو الظهارة وما سواها جارياً مجرى الوصف لها فقواته لا يمنع الجواز ولكن يوجب الخيار لأنه فات شيء مرغوب فيه.

ولو قال: بعتك هذه الدار على أن فيها بناء فإذا لا بناء فيها فالبيع جائز والمشتري بالخيار إن شاء أخذ بجميع الثمن، وإن شاء ترك فرق بين هذا وبين ما إذا قال بعتك هذه الدار على أن بناءها آجر فإذا هو لبن أنه لا ينعقد.

ووجه الفرق: أن الآجر مع اللبن يتفاوتان في المنفعة تفاوتاً فاحشاً فالتحقا بمختلفي الجنس على ما بينا فيما تقدم.

ومنها: أن يكون مالاً لأن البيع مبادلة المال بالمال فلا ينعقد بيع الحر لأنه ليس بمال، وكذا بيع أم الولد لأنها حرة من وجه لما روي عن رسول الله ﷺ أنه قال: «أعتقها ولدها»[١].

وروي عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال في أم الولد: «لا تباع ولا توهب وهي حرة من الثلث»[٢] نفى عليه الصلاة والسلام جواز بيعها مطلقاً وسماها حرة فلا تكون مالاً على الإطلاق خصوصاً على أصل أبي حنيفة رضي الله عنه، لأن الاستيلاد يوجب سقوط المالية عنده حتى لا تضمن بالغصب والبيع الفاسد والإعتاق، وإنما تضمن بالقتل لا غير، لأن ضمان القتل ضمان الدم لا ضمان المال، والمسألة تأتي في [١/١٠م] موضعها إن شاء الله تعالى.

ولا بيع المدبر المطلق عندنا، وقال الشافعي[٣] عليه الرحمة بيع المدبر جائز، واحتج بما روي عن جابر بن عبد الله رضي الله عنه أن النبي عليه الصلاة والسلام أجاز بيع المدبر.

وعن سيدتنا عائشة رضي الله عنها أنها دبرت مملوكة لها فغضبت عليها فباعتها ولأن التدبير تعليق العتق بالموت، والمعلق بالشرط عدم قبل وجود الشرط فلم يكن العتق ثابتاً أصلاً قبل الموت فيجوز بيعه، كما إذا علق عتق عبده بدخول الدار ونحو ذلك ثم باعه قبل أن يدخل الدار وكما في المدبر المقيد.

ولنا: ما روى أبو سعيد الخدري وجابر بن عبد الله الأنصاري رضي الله عنهما أن النبي عليه الصلاة والسلام: «نهى عن بيعِ المُدْبرِ»[٤] ومطلق النهي محمول على التحريم.

---

(١) تقدم.

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) انظر «الأم» (٨/١٦) و «مختصر المزني».

(٤) أخرجه الدارقطني في «سننه» (٤/١٣٧).

وروي عن عبد الله بن سيدنا عمر رضي الله عنهما أن النبي عليه الصلاة والسلام قال: «المدبرُ لا يُبَاعُ ولا يُوهَبُ وهو حُر مِنَ الثُّلث»[1] وهذا نص في الباب، ولأنه حر من وجه فلا يجوز بيعه كأم الولد.

والدليل على أنه حر من وجه الاستدلال بضرورة الإجماع وهو أنه يعتق بعد الموت بالإجماع والحرية لا بد لها من سبب، وليس ذلك إلا الكلام السابق وليس هو بتحرير بعد الموت، لأن التحرير فعل اختياري وأنه لا يتحقق من الميت فكان تحريراً من حين وجوده، فكان ينبغي أن تثبت به الحرية من كل وجه للحال إلا أنها تأخرت من وجه إلى آخر جزءٍ من أجزاء حياته بالإجماع ولا إجماع على التأخير من وجه فبقيت الحرية من وجه ثابتة للحال، فلا يكون مالاً مطلقاً فلا يجوز بيعه.

وحديث جابر وسيدتنا عائشة رضي الله عنهما حكاية فعل يحتمل أنه أجاز عليه الصلاة والسلام بيعَ مدبرٍ مقيد أو باع مدبراً مقيداً، ويحتمل أن يكون المراد منه الإجارَة؛ لأن الإجارة بلغة أهل المدينة تسمى بيعاً، ويحتمل أنه كان في ابتداءِ الإسلام حين كان بيع المدبر مشروعاً ثم نسخ فلا يكون حجة مع الاحتمال.

وأما المدبر المقيد فهناك لا يمكن أن يجعل الكلام السابق إيجاباً من حين وجوده لأنه علق عتقه بموت موصوف بصفة، واحتمل أن يموت من ذلك المرض والسفر أو لا، فكان الحظر قائماً فكان تعليقاً فلم يكن إيجاباً ما دام الحظر قائماً ومتى اتصل به الموت يظهر أنه كان تحريراً/ من وجه من حين وجوده لكن لا يتعلق [ب/١٠/م] به حكم والله سبحانه وتعالى أعلم.

ولا بيع المكاتب لأنه حرٌّ يداً فلا تثبت يد تصرف الغير عليه، ولا بيع معتق البعض موسراً كان المعتق أو معسراً عند أصحابنا الثلاثة رضي الله عنهم لأنه بمنزلة المكاتَب عند أبـي حنيفة رضي الله عنه، وعندهما هو حرٌّ عليه دَينٌ.

وأما عند الشافعي رضي الله عنه: فإن كان المعتق معسراً فلشريكه الساكت أن يبيع نصيبه بناءً على أصله أن المعتق إن كان معسراً فالإعتاق منجز فبقي نصيب شريكه على ملكه فيجوز له بيعه، وكل جواب عرفته في هؤلاء فهو الجواب في الأولاد من هؤلاء، لأن الولد يحدث على وصف الأم، ولهذا كان ولد الحرة حراً وولد الأمة رقيقاً، وكما لا ينعقد بيع المكاتب وولده المولود في الكتابة لا ينعقد بيع ولده المشتري في الكتابة ووالدته لأنهم تكاتبوا بالشراء.

وأما من سواهم من ذوي الأرحام إذا اشتراهم يجوز بيعهم عند أبـي حنيفة رضي الله عنه لأنهم لم يتكاتبوا بالشراء، وعند أبـي يوسف ومحمد لا يجوز لأنهم تكاتبوا، وهي مسألة كتاب المكاتب، ولا ينعقد بيع الميتة والدم لأنه ليس بمال، وكذلك ذبيحة المجوسي والمرتدّ والمشرك لأنها ميتة، وكذا متروك التسمية عمداً عندنا خلافاً للشافعي، وهي مسألة كتاب الذبائح.

وكذا ذبيحة المجنون والصبـي الذي لا يعقل لأنها في معنى الميتة، وكذا ما ذبح من صيد الحرم محرماً

---

[1] أخرجه الدارقطني في «سننه» (٤/١٣٨) رواه علي بن ظبيان مرفوعاً وغيره موقوفاً وكذلك رواه عبيدة بن حسان مرفوعاً، وغيره موقوفاً الموقوف أصح كذا في «علل الدارقطني» وقال في «السنن» في رواية عبيدة: لم يسنده غير عبيدة بن حسان وهو ضعيف وإنما هو عن ابن عمر موقوف من قوله انظر «التعليق المغني» (٤/١٣٨ ـ ١٣٩) و «الدراية» (٢/٨٧).

كان الذابح أو حلالاً وما ذبحه المحرم من الصيد، سواء كان صيد الحرم أو الحل لأن ذلك ميتة.

ولا ينعقد بيع صيد الحرم محرماً كان البائع أو حلالاً، لأنه حرام الانتفاع به شرعاً فلم يكن مالاً ولا بيع صيد المحرم، سواء كان صيد الحرم أو الحل لأنه حرام الانتفاع به في حقه فلا يكون مالاً في حقه، ولو وكّل محرمٌ حلالاً ببيع صيد فباعه فالبيع جائز عند أبـي حنيفة، وعند أبـي يوسف ومحمد باطل وهو على اختلافهم في مسلم وكّل ذمياً ببيع خمر فباعها.

وجه قولهما: أن البائع هو الموكِّل معنًى لأن حكم البيع يقع له، والمحرم ممنوع عن تمليك الصيد وتملكه.

وجه قول أبـي حنيفة رضي الله عنه: أن البائع في الحقيقة هو الوكيل لأن بيعه كلامه القائم به حقيقة، ولهذا ترجع حقوق العقد إليه إلا أن الموكل يقوم مقامه شرعاً في نفس الحكم مع اقتصار نفس التصرف على مباشرته حقيقة والمحرم من أهل ثبوت الملك/ له في الصيد حكماً لا يتملكه حقيقةً، ألا يرى أنه يرثه، وهذا [أ/١١/م] لأن المنع إنما يكون عما للعبد فيه صُنع، ولا صنع له فيما يثبت حكماً فلا يحتمل المنع.

ولو باع حلالٌ حلالاً صيداً ثم أحرم أحدهما قبل القبض يفسخ البيع، لأن الإحرام كما يمنع البيع والشراء يمنع التسليم والقبض لأنه عقد من وجه على ما عرف فيلحق به في حق الحرمة احتياطاً.

ولو وكل حلالٌ حلالاً ببيع صيد فباعه ثم أحرم الموكِّل قبل قبض المشتري فعلى قياس قول أبـي حنيفة رحمه الله جاز البيع.

وعلى قياس قولهما يبطل، لأن الإحرام القائم لا يمنع من جواز التوكيل عنده فالطاريء لا يبطله، وعندهما القائم يمنع فالطارىء يبطله: حلالان تبايعا صيداً في الحل وهما في الحرم جاز عند أبـي حنيفة، وعند محمد لا يجوز.

وجه قول محمد: أن كون الحرم مأمناً يمنع من التعرض للصيد، سواء كان المتعرض في الحرم أو الحل بعد أن كان المتعرض في الحرم، ألا ترى أنه لا يحل للحلال الذي في الحرم أن يرمي إلى الصيد الذي في الحل كما لا يحل له أن يرمي إليه إذا كان في الحرم.

وجه قول أبـي حنيفة رضي الله عنه: أن كونه في الحرم يمنع من التعرض لصيد الحل لكن حساً لا شرعاً بدليل أن الحلال في الحرم إذا أمر حلالاً آخر بذبح صيد في الحل جاز، ولو ذبح حل أكله، ومعلوم أن الأمر بالذبح في معنى التعرض للصيد فوق البيع والشراء فلما لم يمنع من ذلك فلأن لا يمنع من هذا أولى، وهذا لأن المنع من التعرض إنما كان احتراماً للحرم فكل ما فيه ترك احترامه يجب صيانة الحرم عنه وذلك بمباشرة سبب الإيذاء في الحرم ولم يوجد في البيع والله سبحانه وتعالى أعلم.

ولا بيع لحم السبع لأنه لا يباح الانتفاع به شرعاً فلم يكن مالاً، وروي عن أبـي حنيفة رضي الله عنه أنه يجوز بيعه إذا ذبح لأنه صار طاهراً بالذبح.

وأما جلد السبع والحمار والبغل فإن كان مدبوغاً أو مذبوحاً يجوز بيعه لأنه مباح الانتفاع به شرعاً فكان

مالاً، وإن لم يكن مدبوغاً ولا مذبوحاً لا ينعقد بيعه لأنه إذا لم يدبغ ولم يذبح بقيت رطوبات الميتة فيه فكان حكمه حكم الميتة ولا ينعقد بيع جلد الخنزير كيف ما كان لأنه نجس العين بجميع أجزائه، وقيل إن جلده لا يحتمل الدباغ.

وأما عظم الميتة/ وعصبها وشعرها وصوفها ووبرها وريشها وخفها وظلفها وحافرها فيجوز بيعها [ب/١١/م] والانتفاع بها عندنا، وعند الشافعي[١] رحمه الله لا يجوز بناءً على أن هذه الأشياء طاهرة عندنا، وعنده نجسة.

واحتج بقوله سبحانه وتعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةُ﴾[٢] وهذه من أجزاء الميتة فتكون حراماً فلا يجوز بيعها، وقال عليه الصلاة والسلام: «لا تَنْتَفِعُوا مِنَ الميتة بإهابٍ ولا عَصَبٍ»[٣].

ولنا: قوله سبحانه وتعالى: ﴿واللَّهُ جَعَلَ لَكُم مِنْ بُيُوتِكُمْ سَكَنًا﴾ إلى قوله عز وجل: ﴿وَمِنْ أَصْوَافِهَا وَأَوْبَارِهَا﴾[٤] الآية، أخبر سبحانه وتعالى أنه جعل هذه الأشياء لنا ومنَّ علينا بذلك من غير فصل بين الذكية والميتة؛ فيدل على تأكد الإباحة؛ ولأن حرمة الميتة ليست لموتها فإن الموت موجود في السمك والجراد وهما حلالان، قال عليه الصلاة والسلام: «أُحِلَّ لَنَا مَيْتَتَانِ وَدَمَانِ»[٥] بل لما فيها من الرطوبات السيالة والدماء النجسة لانجمادها بالموت، ولهذا يطهر الجلد بالدباغ حتى يجوز بيعه لزوال الرطوبة عنه ولا رطوبة في هذه الأشياء فلا تكون حراماً.

ولا حجة له في هذا الحديث لأن الإهاب اسم لغير المدبوغ لغة، والمراد من العصب حال الرطوبة يحمل عليه توفيقاً بين الدلائل.

وأما عظم الخنزير وعصبه فلا يجوز بيعه لأنه نجس العين، وأما شعره فقد روي أنه طاهر يجوز بيعه، والصحيح أنه نجس لا يجوز بيعه لأنه جزء منه إلا أنه رخص في استعماله للخرازين للضرورة.

وأما عظم الآدمي وشعره فلا يجوز بيعه لا لنجاسته لأنه طاهر في الصحيح من الرواية لكن احتراماً له والابتذال بالبيع يشعر بالإهانة، وقد روي عن النبي عليه الصّلاة والسّلام أنه قال: «لَعَنَ اللَّهُ الوَاصِلَةَ والمُستَوصِلَةَ»[٦].

وأما عظم الكلب وشعره فقد اختلف المشايخ فيه على الأصل الذي ذكرنا وروي عن أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله أنه لا بأس ببيع عظم الفيل والانتفاع به، وقال محمد رحمه الله: عظم الفيل نجس لا يجوز بيعه ولا الانتفاع به، ذكره في العيون.

---

(١) انظر «الأم» (١/ ٥٥).
(٢) سورة المائدة، الآية: (٣).
(٣) تقدم تخريجه.
(٤) سورة النحل، الآية: (٨٠).
(٥) تقدم تخريجه.
(٦) تقدم.

ويجوز بيع كل ذي مخلب من الطير معلماً كان أو غير معلم بلا خلاف، وأما بيع كل ذي ناب من [أ/١٢/م] السباع سوى الخنزير كالكلب والفهد والأسد والنمر والذئب والهر ونحوها/ فجائز عند أصحابنا، وعند الشافعي رحمه الله لا يجوز ثم عندنا لا فرق بين المعلم وغير المعلم في رواية الأصل فيجوز بيعه كيف ما كان.

وروي عن أبي يوسف رحمه الله أنه لا يجوز بيع الكلب العقور، واحتج الشافعي رحمه الله بما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «ومِنَ السُّحتِ مَهْرُ البَغِيِّ وثَمَنُ الكَلْبِ»(١) ولو جاز بيعه لما كان ثمنه سحتاً ولأنه نجس العين فلا يجوز بيعه كالخنزير إلا أنه رخص الانتفاع به بجهة الحراسة والاصطياد للحاجة والضرورة. وهذا لا يدل على جواز البيع كما في شعر الخنزير.

ولنا: أن الكلب مال فكان محلاً للبيع كالصقر والبازي، والدليل على أنه مال أنه منتفع به حقيقة مباح الانتفاع به شرعاً على الإطلاق فكان مالاً ولا شكّ أنه منتفع به حقيقة، والدليل على أنه مباح الانتفاع به شرعاً على الإطلاق أن الانتفاع به بجهة الحراسة والاصطياد مطلق شرعاً في الأحوال كلها فكان محلاً للبيع لأن البيع إذا صادف محلاً منتفعاً به حقيقة مباح الانتفاع به على الإطلاق مست الحاجة إلى شرعه لأن شرعه يقع سبباً ووسيلةً للاختصاص القاطع للمنازعة إذ الحاجة إلى قطع المنازعة فيما يباح الانتفاع به شرعاً على الإطلاق لا فيما يجوز.

وأما الحديث فيحتمل أنه كان في ابتداء الإسلام لأنهم كانوا ألفوا اقتناء الكلاب فأمر بقتلها ونهى عن بيعها مبالغة في الزجر أو يحمل على هذا توفيقاً بين الدلائل، قوله أنه نجس العين؟ قلنا هذا ممنوع فإنه يباح الانتفاع به شرعاً على الإطلاق اصطياداً وحراسةً ونجس العين لا يباح الانتفاع به شرعاً إلا في حالة الضرورة كالخنزير ولا ينعقد بيع الخنزير من المسلم لأنه ليس بمال في حق المسلمين، فأما أهل الذمة فلا يمنعون من بيع الخمر والخنزير، أما على قول بعض مشايخنا فلأنه مباح الانتفاع به شرعاً لهم كالخل وكالشاة لنا فكان مالاً في حقهم فيجوز بيعه.

وروي عن سيدنا عمر بن الخطاب رضي الله عنه كتب إلى عشاره بالشام أن ولّوهم بَيْعَها وخُذُوا العُشْرَ [ب/١٢/م] مِنْ أَثْمَانِهَا، ولو لم يجز بيع الخمر منهم لما أمرهم بتوليتهم/ البيع.

وعن بعض مشايخنا: حرمة الخمر والخنزير ثابتة على العموم في حق المسلم والكافر، لأن الكفار مخاطبون بشرائع هي حرمات هو الصحيح من مذهب أصحابنا فكانت الحرمة ثابتة في حقهم لكنهم لا يمنعون عن بيعها لأنهم لا يعتقدون حرمتها ويتمولونها ونحن أمرنا بتركهم وما يدينون.

ولو باع ذمي من ذمي خمراً أو خنزيراً ثم أسلما أو أسلم أحدهما قبل القبض يفسخ البيع لأنه بالإسلام حرم البيع والشراء فيحرم القبض والتسليم أيضاً لأنهْ يشبه الإنشاء أو إنشاء من وجه فيلحق به في باب الحرمات احتياطاً.

---

(١) تقدم.

وأصله قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَذَرُوا مَا بَقِيَ مِنَ الرِّبَا إِنْ كُنتُم مُّؤْمِنِينَ﴾[١] والأمر بترك ما بقي من الربا هو النهي عن قبضته يؤيده قوله تعالى في آخر الآية الشريفة: ﴿وإِنْ تُبْتُم فَلَكُمْ رُؤُوسُ أَموالِكُمْ لاَ تَظلِمُونَ وَلاَ تُظلَمُونَ﴾[٢] وإذا حرم القبض والتسليم لم يكن في بقاء العقد فائدة فيبطله القاضي كمن باع عبداً فأبق قبل القبض.

ولو كان إسلامهما أو إسلام أحدهما بعد القبض مضى البيع لأن الملك قد ثبت على الكمال بالعقد والقبض في حالة الكفر وإنما يوجد بعد الإسلام دوام الملك، والإسلام لا ينافي ذلك، فإن من تخمر عصيره لا يؤمر بإبطال ملكه فيها، ولو أقرض الذمي ذمياً خمراً ثم أسلم أحدهما، فإن أسلم المقرض سقطت الخمر ولا شيء له من قيمة الخمر على المستقرِض.

أما سقوط قيمة الخمر فلأن العجز عن قبض المثل جاء من قبله فلا شيء له، وإن أسلم المستقرض، روي عن أبـي يوسف عن أبـي حنيفة رحمه الله أنه تسقط الخمر وليس عليه قيمة الخمر أيضاً كما لو أسلم المقرض.

وروى محمد وزفر وعافية بن زياد القاضي عن أبـي حنيفة رضي الله عنهم: أن عليه قيمة الخمر وهو قول محمد رحمه الله، وجه هذه الرواية أن امتناع التسليم من المستقرض إنما جاء لمعنًى من قِبَله وهو إسلامه فكأنه استهلك عليه خمره والمسلم إذا استهلك خمر الذمي يضمن قيمته/ . [١/١٣م]

وجه رواية أبـي يوسف رحمه الله: أنه لا سبيل إلى تسليم المثل لأنه يمنع منه ولا إلى القيمة لأن ذلك يوجب ملك المستقرض والإسلام يمنع منه والله سبحانه وتعالى أعلم. وأما القرد فعن أبـي حنيفة رضي الله عنه روايتان.

وجه رواية عدم الجواز: أنه غير منتفع به شرعاً فلا يكون مالاً كالخنزير.

وجه رواية الجواز: أنه إن لم يكن منتفعاً به بذاته يمكن الانتفاع بجلده، والصحيح هو الأول لأنه لا يشتري للانتفاع بجلده عادةً بل للّهو به، وهو حرام فكان هذا بيع الحرام للحرام وأنه لا يجوز، ويجوز بيع الفيل بالإجماع لأنه منتفع به حقيقةً مباحُ الانتفاع به شرعاً على الإطلاق فكان مالاً، ولا ينعقد بيع الحية والعقرب وجميع هوامّ الأرض كالوزغة والضب والسلحفاة والقنفذ ونحو ذلك لأنها محرمة الانتفاع بها شرعاً لكونها من الخبائث فلم تكن أموالاً فلم يجز بيعها.

وذكر في «الفتاوى» أنه يجوز بيع الحيـة التي ينتفع بها للأدوية، وهذا غير سديد لأن المحرم شرعاً لا يجوز الانتفاع به للتداوي كالخمر والخنزير، وقال النبـي عليه الصلاة والسلام: «لَمْ يُجْعَلْ شِفَاؤُكُم فِيْمَا حُرِّمَ عَلَيْكُمْ»[٣] فلا تقع الحاجة إلى شرع البيع ولا ينعقد بيع شيء مما يكون في البحر كالضفدع والسرطان إلا

(١) سورة البقرة، الآية: (٢٧٨).
(٢) سورة البقرة، الآية: (٢٧٩).
(٣) أخرجه أحمد في «الأشربة» (١٥٩) وابن حبان في «صحيحه» كتاب الطهارة باب النجاسة وتطهيرها (١٣٩١). والبيهقي في «السنن الكبرى» (١٠/ ٥).

السمك وما يجوز الانتفاع بجلده أو عظمه، لأن ما لا يجوز الانتفاع بجلده ولا به ولا بعظمه لا يكون مالاً فلا يكون محلاً للبيع.

وقد روي أن النبيّ ﷺ سُئِل عن الضِّفدع يجعل في دواءٍ فنهى عنه وقال: «خبيثة من الخبائث»[1].

وذكر أبو بكر الإسكاف رحمه الله: أنه لا يجوز، وذكر في «الفتاوى» بأنه يجوز لأن الناس ينتفعون به ولا ينعقد بيع النحل إلا إذا كان في كوارته عسل فباع الكوّارة بما فيها من العسل والنحل، وروى هشام عن محمد أنه يجوز بيعه منفرداً/ [ب/١٣/م] من غير كوارته إذا كان مجموعاً، وهو قول الشافعي[2] رحمه الله، لأن النحل حيوان منتفع به فيجوز بيعه.

ولنا: أنه ليس بمنتفع به فلم يكن مالاً بنفسه بل بما يحدث منه وهو معدوم حتى لو باعه مع الكوارة وفيها عسلٌ يجوز بيعه تبعاً للعسل، ويجوز أن لا يكون الشيء محلاً للبيع بنفسه مفرداً ويكون محلاً للبيع مع غيره كالشرب، وأنكر الكرخي رحمه الله هذا فقال إنما يدخل فيه تبعاً إذا كان من حقوقه كما في الشرب مع الأرض، وهذا ليس من حقوقه.

وعلى هذا بيع دود القزّ لا ينعقد إلا إذا كان معه قزٌّ، وروى محمد أنه يجوز بيعه مفرداً والحجج على نحو ما ذكرنا في النحل ولا ينعقد بيع بذر الدود عند أبي حنيفة رحمه الله كما لا ينعقد بيع الدود وعندهما يجوز بيعه.

ووجه الكلام فيه على نحو ما ذكرنا في بيع النحل والدود، ويجوز بيع السرقين والبعر لأنه مباح الانتفاع به شرعاً على الإطلاق فكان مالاً ولا ينعقد بيع العذرة الخالصة لأنه لا يباح الانتفاع بها بحال فلا تكون مالاً إلا إذا كان مخلوطاً بالتراب والتراب غالب فيجوز بيعه لأنه يجوز الانتفاع به.

وروي عن أبي حنيفة رضي اللّهُ عنه أنه قال: كلّ شيء أفسده الحرام والغالب عليه الحلال فلا بأس ببيعه ونبين ذلك، وما كان الغالب عليه الحرام لم يجز بيعه ولا هبته كالفأرة إذا وقعت في العجين والسمن المائع.

وكذلك قال محمد في الزيت: إذا وقع فيه وَدَكُ الميتة أنه إن كان الزيت غالباً يجوز بيعه، وإن كان الودك غالباً لا يجوز بيعه، لأن الحلال إذا كان هو الغالب يجوز الانتفاع به استصباحاً ودبغاً على ما ذكرنا في

---

(١) تقدم.

(٢) أخرجه أبو يعلى في «مسنده» (٢٠٠) وأحمد في «المسند» (١/ ٢٥).
والحميدي في «مسنده» (١٣) وعبد الرزاق في «مصنفه» (١٤٨٥٤)
والبخاري في «الصحيح» في الأنبياء باب ما ذكر عن بني إسرائيل (٣٤٦٠) والبيوع باب لا يذاب شحم الميتة ولا يباع (٢٢٢٣)، ومسلم في «الصحيح» كتاب المساقاة باب تحريم بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام (١٥٨٢).
والنسائي في «السنن» كتاب الفرع والعتيرة باب النهي عن الانتفاع بما حرّم الله عز وجل (٧/ ١٧٧) ونهايته: «إن الذي حرم شربها حرم بيعها» ـ عن الخمر ـ أخرجه مسلم في «الصحيح» كتاب المساقاة باب تحريم الخمر (١٥٧٩).
والنسائي في «السنن» كتاب البيوع باب بيع الخمر (٧/ ٣٠٧، ٣٠٨).

كتاب الطهارات فكان مالاً فيجوز بيعه، وإذا كان الحرام هو الغالب لم يجز الانتفاع به بوجه فلم يكن مالاً فلا يجوز بيعه، ويجوز بيع آلات الملاهي من البربط والطبل والمزمار والدف ونحو ذلك عند أبي حنيفة لكنه يكره، وعند أبي يوسف ومحمد: لا ينعقد بيع هذه الأشياء لأنها آلات معدة للتلهي بها موضوعة للفسق والفساد فلا تكون أموالاً فلا يجوز بيعها.

ولأبي حنيفة رحمه الله: أنه يمكن الانتفاع بها شرعاً من جهة أخرى بأن تجعل ظروفاً لأشياء ونحو ذلك من المصالح فلا تخرج عن كونها أموالاً، وقولهما أنها آلات التلهي والفسق بها، قلنا: نعم لكن هذا لا يوجب سقوط ماليتها كالمغنيات والقيان وبدن الفاسق وحياته وماله، وهذا لأنها كما تصلح للتلهي تصلح لغيره على ماليتها بجهة إطلاق الانتفاع بها لا بجهة الحرمة، ولو كسرها إنسان ضمن عند أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما لا يضمن/ . [أ/١٤/م]

وعلى هذا الخلاف بيع النرد والشطرنج، والصحيح قول أبي حنيفة رضي الله عنه لأن كل واحد منهما منتفع به شرعاً من وجهٍ آخر بأن يجعل صنجات الميزان فكان مالاً من هذا الوجه فكان محلاً للبيع مضموناً بالإتلاف، ويجوز بيع ما سوى الخمر من الأشربة المحرمة كالسكر ونقيع الزبيب والمنصف ونحوها عند أبي حنيفة، وعند أبي يوسف ومحمد لا يجوز لأنه إذا حرم شربها لم تكن مالاً فلا تكون محلاً للبيع كالخمر، ولأن ما حرم شربه لا يجوز بيعه لما روي عن النبيّ عليه الصّلاة والسّلام أنه قال: «**لَعَنَ اللَّهُ اليهودَ حُرِّمَتْ عَلَيهم الشُّحُومُ فجَمَلُوهَا وباعُوها وإنَّ اللَّهَ تَعَالَى إِذَا حَرَّمَ شَيْئاً حَرَّمَ بَيْعَه وأَكْلَ ثَمنِهِ**»[١].

ولأبي حنيفة رحمه الله: أن حرمة هذه الأشربة ما ثبتت بدليل متيقن مقطوع به لكونها محل الاجتهاد والمالية قبل حدوث الشدّة كانت ثابتة بيقين فلا تبطل بحرمة ثابتة بالاجتهاد فبقيت أموالاً، وبه تبين أن المراد من الحديث محرم ثبتت حرمته بدليل مقطوع به ولم يوجد ههنا بخلاف الخمر لأن حرمتها ثبتت بدليل مقطوع به فبطلت ماليتها والله سبحانه وتعالى أعلم.

ولا ينعقد بيع الملاقيح والمضامين الذي ورد النهي عنه، لأن المضمون ما في صلب الذكر والملقوح ما في رحم الأنثى وذلك ليس بمال.

وعلى هذا أيضاً يخرج بيع عسب الفحل لأن العسب هو الضرب وأنه ليس بمال وقد يخرج على هذا بيع الحمل أنه لا ينعقد لأن الحمل ليس بمال، ولا ينعقد بيع لبن المرأة في قدح عندنا، وقال الشافعي[٢] رحمه الله يجوز بيعه.

وجه قوله: أن هذا مشروب طاهر فيجوز بيعه كلبن البهائم والماء.

ولنا: أن اللبن ليس بمال فلا يجوز بيعه، والدليل على أنه ليس بمال إجماع الصحابة رضي الله عنهم والمعقول:

---

(١) أخرجه أحمد في «المسند» (١/ ٣٢٣، ٣٢٤).
(٢) انظر «مختصر المزني» ص (٩٠).

أما إجماع الصحابة رضي الله عنهم فما روي عن سيدنا عمر وسيدنا علي رضي الله تعالى عنهما أنهما حكما في ولد المغرور بالقيمة وبالعُقر بمقابلة الوطء وما حكما بوجوب قيمة اللبن بالاستهلاك، ولو كان مالاً لحكما لأن المستحق يستحق بدل إتلاف ماله بالإجماع ولكان إيجاب الضمان بمقابلته أولى من إيجاب الضمان بمقابلة منافع البضع/ لأنها ليست بمال فكانت حاجة المستحق إلى ضمان المال أولى، وكان ذلك [ب/١٤/م] بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم ولم ينكر عليهما أحد فكان إجماعاً.

وأما المعقول فهو: لأنه لا يباح الانتفاع به شرعاً على الإطلاق بل لضرورة تغذية الطفل وما كان حرام الانتفاع به شرعاً إلا لضرورة لا يكون مالاً كالخمر والخنزير، والدليل عليه أن الناس لا يعدونه مالاً ولا يباع في سوق ما من الأسواق دل أنه ليس بمال فلا يجوز بيعه، ولأنه جزء من الآدمي والآدمي بجميع أجزائه محترم مكرَّم وليس من الكرامة والاحترام ابتذاله بالبيع والشراء ثم لا فرق بين لبن الحرة وبين لبن الأمة في ظاهر الرواية، وعند أبي يوسف رحمه الله أنه يجوز بيع لبن الأمة لأنه جزء من آدمي هو مال فكان محلاً للبيع كسائر أجزائه.

ولنا: أن الآدمي لم يجعل محلاً للبيع إلا بحلول الرق فيه والرق لا يحل إلا في الحي واللبن لا حياة فيه فلا يحله الرقّ فلا يكون محلاً للبيع..

سفل وعلو بين رجلين انهدما فباع صاحب العلو علوه لم يجز لأن الهواء ليس بمال، ولو جمع بين ما هو مال وبين ما ليس بمال في البيع بأن جمع بين حر وعبد أو بين عصير وخمر أو بين ذكية وميتة وباعهما صفقة واحدة، فإن لم يبيّن حصة كل واحد منهما من الثمن لم ينعقد العقد أصلاً بالإجماع وإن بيّن فكذلك عند أبي حنيفة وعندهما يجوز في العصير والعبد والذكية ويبطل في الحر والخمر والميتة.

ولو جمع بين قنٍّ ومدبَّر أو أم ولد ومكاتب أو بين عبده وعبد غيره وباعهما صفقةً واحدة جاز البيع في عبده بلا خلاف.

وجه قولهما: أن الفساد بقدر المفسِد؛ لأن الحكم يثبت بقدر العلة والمفسد خصّ أحدهما فلا يتعمم الحكم مع خصوص العلة فلو جاء الفساد إنما يجيء من قبل جهالة الثمن فإذا بين حصة كل واحد منهما من الثمن فقد زال هذا المعنى أيضاً ولهذا جاز بيع القن إذا جمع بينه وبين المدبر أو المكاتب أو أم الولد وباعهما صفقةً واحدة كذا هذا.

[أ/١٥/م] ولأبي حنيفة رضي الله عنه: أن الصفقة واحدة، وقد فسدت في أحدهما فلا تصح في الآخر/.

والدليل على أن الصفقة واحدة أن لفظ البيع والشراء لم يتكرر والبائع واحد والمشتري واحد وتفريق الثمن وهو التسمية لكل واحد منهما لا يمنع اتحاد الصفقة دل أن الصفقة واحدةٌ وقد فسدت في أحدهما بيقين لخروج الحرّ والخمر والميتة عن محلية البيع بيقين فلا يصح في الآخر لاستحالة كون الصفقة الواحدة صحيحة وفاسدة، ولهذا لم يصح إذا لم يسمّ لكل واحد منهما ثمناً فكذا إذا سمى، لأن التسمية وتفريق الثمن لا يوجب تعدّد الصفقة لاتحاد البيع والعاقدين بخلاف الجمع بين العبد والمدبر لأن هناك الصفقة ما فسدت في أحدهما بيقين بل بالاجتهاد الذي يحتمل الصواب والخطأ فاعتبر هذا الاحتمال في تصحيح الإضافة إلى

المدبر ليظهر في حق القن إن لم يمكن إظهاره في حقه، ولأنه لما جمع بينهما في الصفقة فقد جعل قبول العقد في أحدهما شرط القبول في الآخر بدليل أنه لو قبل العقد في أحدهما دون الآخر لا يصح والحر لا يحتمل قبول العقد فيه فلا يصح القبول في الآخر بخلاف المدبر لأنه محل لقبول العقد فيه في الجملة فصح قبول العقد فيه إلا أنه تعذر إظهاره فيه بنوع اجتهاد فيجب إظهاره في القن ولأن في تصحيح العقد في أحدهما تفريق الصفقة على البائع قبل التمام، لأنه أوجب البيع فيهما فالقبول في أحدهما يكون تفريقاً، وهذا لا يجوز بخلاف ما إذا جمع بين القنّ والمدبّر، لأن المدبر محلٌ لقبول البيع فيه لكونه مملوكاً له إلا أنه لم ينفذ للحال مع احتمال النفاذ في الجملة بقضاء القاضي لحق المدبر، وهذا يمنع محلية القبول في حق نفسه لا في صاحبه فيجعل محلاً في حق صاحبه.

والدليل على التفرقة بين الفصلين أن الحكم ههنا يختلف بين أن يسمى لكل واحد منهما ثمناً أو لا يسمي، وهناك لا يختلف دلّ أن الفرق بينهما لما ذكرنا.

وعلى هذا الخلاف إذا جمع بين شاة ذكية وبين متروك التسمية عمداً ثم إذا جاز البيع في أحدهما عندهما فهل يثبت الخيار فيه؟ إن علم بالحرام يثبت لأن الصفقة تفرقت عليه وإن لم يعلم لا لأنه رضي بالتفريق/ والله سبحانه وتعالى أعلم. [ب/١٥/م]

ومنها: أن يكون مملوكاً لأن البيع تمليك فلا ينعقد فيما ليس بمملوك كمن باع الكلأ في أرض مملوكة والماء الذي في نهره أو في بئره، لأن الكلأ وإن كان في أرض مملوكة فهو مباح، وكذلك الماء ما لم يوجد الإحراز.

قال النبي ﷺ: «الناسُ شُرَكَاءُ في ثلاثٍ»[1] والشركة العامة هي الإباحة سواء خرج الكلأ بماء السماء من غير مؤونة أو ساق الماء إلى أرض ولحقه مؤنة لأن سوق الماء إليه ليس بإحراز فلم يوجد سبب الملك فيه فبقي مباحاً كما كان، وكذا بيع الكمأة وبيع صيد لم يوجد في أرضه لا ينعقد لأنه مباح غير مملوك لانعدام سبب الملك فيه، وكذا بيع الحطب والحشيش والصيود التي في البراري والطير الذي لم يصد في الهواء والسمك الذي لم يوجد في الماء.

وعلى هذا يخرج بيع رباع مكة وإجارتها أنه لا يجوز عند أبي حنيفة رضي الله عنه، وروي عنه أنه يجوز، وبه أخذ الشافعي[2] رحمه الله لعمومات البيع من غير فصل بين أرض الحرم وغيرها، ولأن الأصل في الأراضي كلها أن تكون محلاً للتمليك إلا أنه امتنع تملك بعضها شرعاً لعارض الوقف كالمساجد ونحوها ولم يوجد في الحرم فبقي محلاً للتمليك. ولنا ما روي عن ابن عباس رضي الله تعالى عنهما عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال: «**إنّ اللَّهَ تَبَارَكَ وتَعَالَى حرَّمَ مكةَ يَوْمَ خَلَقَهَا لَمْ تحلّ لأَحَدٍ قَبلي ولا تَحِلُّ لأَحَدٍ بعْدي وإنّما أُحِلّت لي سَاعةً من نَهَارٍ لا يُختلَى خَلاَهَا وَلاَ يُعضَدُ شَجَرُها وَلاَ ينفَّر صَيدُها ولا يحتَشّ حشيشُها**»[3]

(١) تقدم تخريجه.
(٢) انظر «المجموع» (٩/ ٢٦٩) و «الجامع الصغير» ص (٣٩٤) و «معاني الآثار» (٤/ ٤٨).
(٣) تقدم.

أخبر عليه الصلاة والسلام أن مكة حرام وهي اسم للبقعة والحرام لا يكون محلاً للتمليك.

وروي عن عبد الله بن سيدنا عمر رضي الله تعالى عنهما عن النبيّ عليه الصلاة والسلام أنه قال: «مَكَّةُ حرامٌ وبيعُ رباعها حَرَام»(١) وهذا نص في الباب ولأن لله تبارك وتعالى وضع للحرم حرمةً وفضيلةً، ولذلك جعله سبحانه وتعالى مأمناً قال الله تبارك وتعالى جل شأنه: ﴿أَوَلَمْ يَرَوْا أَنَّا جَعَلْنَا حَرَماً آمِناً﴾(٢) فابتذاله بالبيع والشراء والتمليك والتملك امتهان، وهذا لا يجوز بخلاف سائر الأراضي وقيل إن بقعة مكة وقف حرم سيدنا إبراهيم عليه الصلاة والسلام ولا حجة في العمومات لأنه خص منها الحرم بالحديث المشهور، ويجوز بيع بناء بيوت/ مكة لأن الحرم للبقعة لا للبناء. [١٦/أ/م]

وروي عن أبي حنيفة رضي الله عنه أنه قال: كُرِهَ إجارة بيوت مكة في الموسم من الحاج والمعتمر، فأما من المقيم والمجاور فلا بأس بذلك، وهو قول محمد رحمه الله، ويجوز بيع أراضي الخراج والقطيع والمزارعة والإجارة والإكارة، والمراد من الخراج أرض سواد العراق التي فتحها سيدنا عمر رضي الله تعالى عنه لأنه منَّ عليهم وأقرَّهم على أراضيهم فكانت مُبَقّاةً على ملكهم فجاز لهم بيعها وأرض القطيعة هي الأرض التي قطعها الإمام لقوم وخصهم بها فملكوها بجعل الإمام لهم فيجوز بيعها وأرض المزارعة أن يدفع الإنسان أرضه إلى مَنْ يزرعها ويقوم بها، وبهذا لا تخرج عن كونها مملوكة وأرض الإجارة هي الأرض التي يأخذها الإنسان من صاحبها ليعمرها ويزرعها وأرض الإكارة التي في أيدي الأكَرَة فيجوز بيع هذه الأرض لأنها مملوكة لأصحابها.

وأما أرض الموات التي أحياها رجل بغير إذن الإمام فلا يجوز بيعها عند أبي حنيفة رضي الله عنه لأنها لا تملك بدون إذن الإمام، وعندهما يجوز بيعها لأنها تملك بنفس الإحياء، والمسألة تذكر في كتاب إحياء الموات.

وذكر القدوري رحمه الله أنه لا يجوز بيع دور بغداد وحوانيت السوق التي للسلطان عليها غلة لأنها ليست بمملوكة لما روي أن المنصور أذن للناس في بنائها ولم يجعل البقعة ملكاً لهم والله سبحانه وتعالى أعلم.

ومنها: وهو شرط انعقاد البيع للبائع أن يكون مملوكاً للبائع عند البيع فإن لم يكن لا ينعقد، وإن ملكه بعد ذلك بوجه من الوجوه إلا السَّلَم خاصة، وهذا بيع ما ليس عنده «ونهى رسولُ اللَّهِ صلّى اللَّهُ عليْهِ وسَلّم عَنْ بَيعِ مَا لَيْسَ عِنْدَ الإنسان ورَخَّصَ في السَّلَم»(٣).

ولو باع المغصوب فضمنه المالك قيمته نفذ بيعه لأن سبب الملك قد تقدم فتبين أنه باع ملك نفسه، وههنا تأخر سبب الملك فيكون بائعاً ما ليس عنده فدخل تحت النهي، والمراد منه بيع ما ليس عنده ملكاً لأن قصة الحديث تدل عليه، فانه روى أن حكيم بن حزام كان يبيع الناس أشياء لا يملكها ويأخذ الثمن منهم ثم

---

(١) أخرجه ابن أبي شيبة في «المصنف» (٤/٤١٧) من مرسل مجاهد وليس فيه ذكر عبد الله بن عمر.
(٢) سورة العنكبوت، الآية: (٦٧).
(٣) تقدم.

يدخل السوق فيشتري ويسلم إليهم فبلغ ذلك رسولَ الله ﷺ فقال: «لا تبع ما ليس عندك»[1] ولأن بيع ما ليس عنده بطريق الأصالة عن نفسه تمليك ما لا يملكه بطريق الأصالة وأنه محال وهو الشرط فيما يبيعه بطريق الأصالة عن نفسه.

فأما ما يبيعه بطريق النيابة عن غيره ينظر إن كان البائع وكيلاً وكفيلاً فيكون المبيع مملوكاً/ للبائع ليس [ب/١٦/م] بشرط وإن كان فضولياً فليس بشرط للانعقاد عندنا بل هو من شرائط النفاذ فإن بيع الفضولي عندنا منعقد موقوف على إجازة المالك فإن أجاز نفذ وإن رد بطل، وعند الشافعي رحمه الله هو شرط الانعقاد لا ينعقد بدونه وبيع الفضولي باطل عنده، وسيأتي إن شاء الله تعالى.

ومنها: أن يكون مقدور التسليم عند العقد، فإن كان معجوز التسليم عنده لا ينعقد، وإن كان مملوكاً له كبيع الآبق في جواب ظاهر الروايات حتى لو ظهر يحتاج إلى تجديد الإيجاب والقبول إلا إذا تراضيا فيكون بيعاً مبتدأ بالتعاطي فإن لم يتراضيا وامتنع البائع من التسليم لا يجبر على التسليم، ولو سلم وامتنع المشتري من القبض لا يجبر على القبض.

وذكر الكرخي رحمه الله: أنه ينعقد بيع الآبق حتى لو ظهر وسلم يجوز ولا يحتاج إلى تجديد البيع إلا إذا كان القاضي فسخه بأن رفعه المشتري إلى القاضي فطالبه بالتسليم وعجز عن التسليم ففسخ القاضي البيع بينهما ثم ظهر العبد.

وجه قول الكرخي رحمه الله: أن الإباق لا يوجب زوال الملك، ألا ترى أنه لو أعتقه أو دبره ينفذ، ولو وهبه من ولده الصغير يجوز وكان ملكاً له فقد باع مالاً مملوكاً له إلا أنه لم ينفذ للحال للعجز عن التسليم، فإن سلم زال المانع فينفذ وصار كبيع المغصوب الذي في يد الغاصب إذا باعه المالك لغيره أنه ينعقد موقوفاً على التسليم لما قلنا كذا هذا.

وجه ظاهر الروايات: أن القدرة على التسليم لذا العاقد شرط انعقاد العقد، لأنه لا ينعقد إلا لفائدة ولا يفيد إذا لم يكن قادراً على التسليم والعجز عن التسليم ثابت حالة العقد، وفي حصول القدرة بعد ذلك شك واحتمال قد يحصل وقد لا يحصل وما لم يكن منعقداً بيقين لا ينعقد لفائدة تحتمل الوجود والعدم على الأصل المعهود أن ما لم يكن ثابتاً بيقين أنه لا يثبت بالشك والاحتمال بخلاف ما إذا أبق بعد البيع قبل القبض أنه لا ينفسخ، لأن القدرة على التسليم كانت ثابتة لذا العقد فانعقد ثم زالت على وجه يحتمل عودها فيقع الشك في زوال المنعقد بيقين.

والثابت باليقين لا يزول بالشك فهو الفرق بخلاف بيع المغصوب من غير الغاصب أنه ينعقد موقوفاً على التسليم حتى/ لو سلم ينفذ، ولأن هناك المالك قادر على التسليم بقدرة السلطان والقاضي وجماعة [أ/١٧/م] المسلمين إلا أنه لم ينفذ للحال لقيام يد الغاصب صورة، فإذا سلم زال المانع فينفذ بخلاف الآبق، لأنه

(١) تقدم.

معجوز التسليم على الإطلاق إذ لا تصل إليه يَدُ أحد لما أنه لا يعرف مكانه فكان العجز متقرراً والقدرة محتملة موهومة فلا ينعقد مع الاحتمال فأشبه بيع الآبق بيع الطير الذي لم يوجد في الهواء وبيع السمك الذي لم يوجد في الماء وذلك باطل كذا هذا.

ولو جاء إنسان إلى مولى العبد فقال إن عبدك عند فلان فبعه مني وأنا أقبضه منه فصدقه وباعه منه لا ينفذ لما فيه من عذر القدرة على القبض لكنه ينعقد حتى لو قبضه ينفذ بخلاف الفصل المتقدم، لأن القدرة على القبض ههنا ثابتة في زعم المشتري إلا أن احتمال المنع قائم فانعقد موقوفاً على قبضه، فإذا قبضه تحقق ما زعمه فينفذ، بخلاف الفصل الأول، لأن العجز عن التسليم للحال متحقق فيمنع الانعقاد.

ولو أخذه رجل فجاء إلى مولاه فاشتراه منه جاز الشراء، لأن المانع هو العجز عن التسليم ولم يوجد في حقه، وهذا البيع لا يدخل تحت النهي، لأن النهي عن بيع الآبق وهذا ليس بآبق في حقه ثم إذا اشترى منه لا يخلو إما أن أحضر العبد مع نفسه، وإما أن لم يحضره، فإن أحضره صار قابضاً له عقيب العقد بلا فصل، وإن لم يحضره مع نفسه ينظر إن كان أخذه ليرده على صاحبه وأشهد على ذلك لا يصير قابضاً له ما لم يصل إليه لأن قبضه قبض أمانة، وقبض الأمانة لا ينوب عن قبض الضمان فلا بد من التجديد بالوصول إليه حتى لو هلك العبد قبل الوصول يهلك على البائع ويبطل العقد لأنه مبيع هلك قبل القبض.

وإذا وصل إليه صار قابضاً له بنفس الوصول ولا يشترط القبض بالبراجم لأن معنى القبض هو التمكين والتخلي وارتفاع الموانع عرفاً وعادةً حقيقة وإن كان أخذه لنفسه لا ليرده على صاحبه صار قابضاً له عقيب العقد بلا فصل حتى لو هلك قبل الوصول إليه يهلك على المشتري، لأن قبضه قبض ضمان وقبض الشراء أيضاً قبض الضمان فتجانس القبضان/ فتناوبا. [ب/١٧/م]

ولو كان أخذه ليرده ولكنه لم يشهد على ذلك فهو على الاختلاف المعروف بين أبـي حنيفة وصاحبيه عند أبـي حنيفة عليه الرحمة يصير قابضاً له عقيب العقد لأن هذا قبض ضمان عنده، وعندهما لا يصير قابضاً إلا بعد الوصول إليه، لأن هذا قبض أمانة عندهما وهي من مسائل كتاب «**الإباق واللقطة**».

وعلى هذا بيع الطائر الذي كان في يده وطار أنه لا ينعقد في ظاهر الرواية وعلى قياس ما ذكره الشافعي رحمه الله ينعقد، وعلى هذا بيع السمكة التي أخذها ثم ألقاها في حظيرة سواء استطاع الخروج عنها أو لا بعد أن كان لا يمكنه أخذها بدون الاصطياد، وإن كان يمكنه أخذها من غير اصطياد يجوز بيعها بلا خلاف لأنه مقدور التسليم كذا البيع.

وعلى هذا يخرج بيع اللبن في الضرع، لأن اللبن لا يجتمع في الضرع دفعة واحدة بل شيئاً فشيئاً فيختلط المبيع بغيره على وجه يتعذر التمييز بينهما فكان المبيع معجوز التسليم عند البيع فلا ينعقد، وكذا بيع الصوف على ظهر الغنم في ظاهر الرواية لأنه ينمو ساعةً فساعةً فيختلط الموجود عند العقد بالحادث بعده على وجه لا يمكن التمييز بينهما فصار معجوز التسليم بالجز والنتف استخراج أصله وهو غير مستحق بالعقد.

وروي عن ابن عباس رضي الله عنهما عن النبي عليه الصلاة والسلام «**أنه نَهَى عَنْ بَيْعِ الصُّوف على**

ظَهْرِ الغَنَم»[١] وروي عن أبي يوسف أنه جوز بيعه والصلح عليه لأنه يجوز جزه قبل الذبح فيجوز بيعه كبيع القصيل في الأرض.

ووجه الفرق بين القصيل والصوف لظاهر الرواية أن الصوف لا يمكن جزه من أصله من غير ضرر يلحق الشاة بخلاف القصيل ولا ينعقد بيع الدين من غير من عليه الدين، لأن الدين إما أن يكون عبارةً عن مال حكمي في الذمة وإما أن يكون عبارة عن فعل تمليك المال وتسليمه، وكل ذلك غير مقدور التسليم في حق البائع.

ولو شرط التسليم على المديون لا يصح أيضاً لأنه شرط التسليم على غير البائع فيكون شرطاً فاسداً فيفسد البيع، ويجوز بيعه ممن عليه لأن المانع هو العجز عن التسليم ولا حاجة إلى التسليم ههنا، / ونظير [١٨/أ م] بيع المغصوب أنه يصح من الغاصب ولا يصح من غيره إذا كان الغاصب منكراً ولا بينة للمالك، ولا يجوز بيع المسلم فيه لأن المسلم فيه مبيع، ولا يجوز بيع المبيع قبل القبض، وهل يجوز بيع المجمد؟ فنقول لا خلاف في أنه إذا سلم المجمدة أولاً إلى المشتري أنه يجوز، أما إذا باع ثم سلم.

قال بعض مشايخنا: لا يجوز، لأنه إلى أن يسلم بعضه يذوب فلا يقدر على تسليم جميعه إلى المشتري، وقال بعضهم يجوز، وقال الفقيه أبو جعفر الهندواني رحمه الله إذا باعه وسلمه من يومه ذلك يجوز، وإن سلمه بعد أيام لا يجوز، وبه أخذ الفقيه أبو الليث عليه الرحمة، لأنه في اليوم لا ينقص نقصاناً له حصة من الثمن، وأما الذي يرجع إلى النفاذ فنوعان:

أحدهما: الملك أو الولاية، أما الملك فهو أن يكون المبيع مملوكاً للبائع فلا ينفذ بيع الفضولي لانعدام الملك والولاية لكنه ينعقد موقوفاً على إجازة المالك، وعند الشافعي رحمه الله هو شرط الانعقاد أيضاً حتى لا ينعقد بدونه وأصل هذا أن تصرفات الفضولي التي لها مجيز حالة العقد منعقدة موقوفة على إجازة المجيز من البيع والإجارة والنكاح والطلاق ونحوها، فإن أجاز ينفذ وإلا فيبطل، وعند الشافعي رحمه الله تصرفاته باطلة.

وجه قول الشافعي[٢] رحمه الله: أن صحة التصرفات الشرعية بالملك أو بالولاية ولم يوجد أحدهما فلا تصح، وهذا لأن صحة التصرف الشرعي هو اعتباره في حق الحكم الذي وضع له شرعاً لا يعقل للصحة معنًى سوى هذا.

فأما الكلام الذي لا حكم له لا يكون صحيحاً شرعاً والحكم الذي وضع له البيع شرعاً وهو الملك لا يثبت حال وجوده لعدم شرطه وهو الملك أو الولاية فلم يصح، ولهذا لم يصح شراؤه فكذا بيعه.

---

(١) أخرجه البيهقي في «السنن الكبرى» (٥/ ٣٤٠) عن ابن عباس وقال: تفرد برفعه عمر بن فروخ وليس بالقوي، وقد أرسله عنه وكيع ورواه غيره موقوفاً (وساقه . . .) وقال: هذا هو المحفوظ موقوف.
ولفظه: «نهى رسول الله ﷺ أن تباع الثمرة حتى يبدو صلاحها أو يباع الصوف على ظهر أو سمن في لبن أو لبن في ضرع».

(٢) «الأم» (٣/ ١٥).

ولنا: عمومات البيع من نحو قوله تبارك وتعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾[١] وقوله عز شأنه: ﴿يا أيها الذينَ آمَنُوا لا تَأْكُلُوا أموالَكُمْ بَيْنَكم بالبَاطِلِ إلاَّ أنْ تَكُونَ تجارةً عَنْ تَرَاضٍ منكم﴾[٢] وقوله سبحانه وتعالى: ﴿فإذا قُضِيَتْ الصَّلاةُ فانتَشِرُوا في الأرْضِ وابْتَغُوا مِنْ فَضْلِ اللَّهِ﴾[٣] شرع سبحانه وتعالى البيع والشراء والتجارة وابتغاء الفضل من غير فصل بين ما إذا وجد من المالك بطريق الأصالة وبين ما إذا وجد من الوكيل في الابتداء أو بين ما إذا وجدت الإجازة من المالك في الانتهاء وبين/ [ب/١٨/م] وجود الرضا في التجارة عند العقد أو بعده فيجب العمل بإطلاقها إلا ما خصّ بدليل.

وروي عن النبي ﷺ أنه دفع ديناراً إلى حكيم بن حزام رضي الله عنه وأمره أن يشتري له أضحيةً فاشترى شاتين ثم باع إحداهما بدينار وجاء بدينار وشاة إلى النبي ﷺ فدعا له بالبركة، وقال عليه الصلاة والسّلام: «بَارَكَ اللَّهُ في صَفْقَةِ يَمينِكَ»[٤].

ومعلوم أنه لم يكن حكيم مأموراً ببيع الشاة فلو لم ينعقد تصرفه لما باع، ولما دعا له رسول الله ﷺ بالخير والبركة على ما فعل ولا أنكر عليه، لأن الباطل ينكر، ولأن تصرف العاقل محمول على الوجه الأحسن ما أمكن وقد أمكن حمله على الأحسن ههنا وقد قصد البر به والإحسان إليه بالإعانة على ما هو خير للمالك في زعمه لعلمه بحاجته إلى ذلك لكن لم يتبين إلى هذه الحالة لموانع وقد يغلب على ظنه زوال المانع فأقدم عليه نظراً لصديقه وإحساناً إليه لبيان المحمدة والثناء لتحمل (مؤونة) مباشرة التصرف الذي هو محتاج إليه والثواب من الله عز وجل بالإعانة على البر والإحسان.

قال الله تبارك وتعالى: ﴿وتَعَاوَنُوا عَلَى البرِّ والتَّقْوَى﴾[٥] وقال تعالى جل شأنه: ﴿وأَحْسِنُوا إنَّ اللَّهَ يُحبُّ المُحسِنِينَ﴾[٦] إلا أن في هذه التصرفات ضرراً في الجملة لأن للناس رغائب في الأعيان، وقد يقدم الرجل على شيء ظهرت له الحاجة عنه بإزالته عن ملكه لحصول غرضه بدون ذلك ونحو ذلك فيتوقف على إجازة المالك حتى لو كان الأمر على ما ظنه مباشر التصرف إجازة وحصل له النفع من جهته فينال الثواب والثناء وإلا فلا يجيزه ويثني عليه بقصد الإحسان وإيصال النفع إليه فلا يجوز القول بإهدار هذا التصرف وإلحاق كلامه وقصده بكلام المجانين وقصدهم مع ندب الله عز وجل إلى ذلك وحثه عليه لما تلونا من الآيات. وقوله صحة التصرف عبارة عن اعتباره في حق الحكم.

قلنا: نعم وعندنا هذا التصرف مفيد في الجملة وهو ثبوت الملك فيما يتضرر المالك بزواله موقوفاً على الإجازة، أما من كل وجه أو من وجه لكن لا يظهر شيء من ذلك عند العقد وإنما يظهر عند الإجازة وهو/ [١٩/أ/م] تفسير التوقف عندنا أن يتوقف في الجواب في الحال أنه صحيح في حق الحكم أم لا، ولا يقطع القول

(١) سورة البقرة، الآية: (٢٧٥).
(٢) سورة النساء، الآية: (٢٩).
(٣) سورة الجمعة، الآية: (١٠).
(٤) تقدم.
(٥) سورة المائدة، الآية: (٢).
(٦) سورة البقرة، الآية: (١٩٥).

به للحال ولكن يقطع القول بصحته عند الإجازة، وهذا جائز وله نظائر في الشرع وهو البيع بشرط الخيار للبائع أو المشتري على ما عرف.

وأما شراء الفضولي ففيه تفصيل نذكره إن شاء الله تعالى في موضعه، ثم الإجازة إنما تلحق تصرف الفضولي عندنا بشرائط.

منها: أن يكون له مجيز عند وجوده فما لا مجيز له عند وجوده لا تلحقه الإجازة، لأن ماله مجيز متصور منه الإذن للحال وبعد وجود التصرف فكان الانعقاد عند الإذن القائم مفيداً فينعقد وما لا مجيز له لا يتصور الإذن به للحال والإذن في المستقبل قد يحدث وقد لا يحدث، فإن حدث كان الانعقاد مفيداً وإن لم يحدث لم يكن مفيداً فلا ينعقد مع الشك في حصول الفائدة على الأصل المعهود أن ما لم يكن ثابتاً بيقين لا يثبت مع الشك، وإذا لم ينعقد لا تلحقه الإجازة لأن الإجازة للمنعقد.

وعلى هذا يخرج ما إذا طلق الفضولي امرأة البالغ أو أعتق عبده أو وهب ماله أو تصدق به أنه ينعقد موقوفاً على الإجازة، لأن البالغ يملك هذه التصرفات بنفسه فكان لها مجيزاً حال وجودها فيتوقف على إجازة المالك، وبمثله لو فعل ذلك على الصبي لا ينعقد، لأن الصبي ليس من أهل هذه التصرفات بنفسه.

ألا ترى لو فعل ذلك بنفسه لا تنعقد فلم يكن لها مجيز حال وجودها فلم تنعقد وكذلك الصبي المحجور عليه إذا باع مال نفسه أو اشترى أو تزوج امرأة أو زوج أمته أو كاتب عبده أو فعل بنفسه ما لو فعل عليه وليه لجاز عليه يتوقف على إجازة وليه ما دام صغيراً أو على إجازته بنفسه بعد البلوغ إن لم يوجد من وليه في حال صغره حتى لو بلغ الصبي قبل إجازة الولي فأجاز بنفسه جاز ولا يتوقف على نفس البلوغ من غير إجازة، لأن هذه التصرفات لها مجيز حال وجودها.

ألا ترى أنه لو فعلها وليه جازت فاحتمل التوقف على الإجازة وإنما/ يتوقف على إجازته بنفسه أيضاً [ب/١٩/م] بعد البلوغ كما يتوقف على إجازة وليه في حال صغره، لأنه لما بلغ فقد ملك الإنشاء فأولى أن يملك الإجازة، ولأن ولايته على نفسه فوق ولاية وليه عليه في حال صغره فلما جاز بإجازة وليه فلأن يجوز بإجازة نفسه أولى، ولا يجوز بمجرد البلوغ، لأن الإجازة لها حكم الإنشاء من وجه وأنه فعل فاعل مختار والبلوغ ليس صنعه فلا يعقل إجازة.

وكذا إذا وكل الصبي وكيلاً بهذه التصرفات ففعل الوكيل قبل بلوغ الصبي أو بعده توقف على إجازته بعد البلوغ إلا التوكيل بالشراء فإنه لا يتوقف بل ينفذ على الوكيل، لأن الشراء وجد نفاذاً على الوكيل فلا يتوقف إلا إذا بلغ الصبي قبل أن يشتري الوكيل فأجاز التوكيل ثم اشترى الوكيل بعد ذلك فيكون الشراء للصبي لا للوكيل، لأن إجازة الوكالة منه بعد البلوغ بمنزلة إنشاء التوكيل.

ولو وكله ابتداء لكان الشراء له لا للوكيل كذا هذا، وبمثله إذا طلق الصبي امرأته أو خالعها أو أعتق عبده على غير مال أو على مال أو وهب ماله أو تصدق به أو زوج عبده امرأة أو باع ماله بمحاباة أو اشترى شيئاً بأكثر من قيمته قدر ما لا يتغابن الناس في مثله عادة أو غير ذلك من التصرفات مما لو فعله وليه في حال صغره لا يجوز عليه لا ينعقد حتى لو أجاز وليه أو الصبي بعد البلوغ لا يصح، لأن هذه التصرفات ليس لها

مجيز حال وجودها فلا تحتمل التوقف على الإجازة إلا إذا أجازه الصبي بعد البلوغ بلفظ يصلح للإنشاء بأن يقول بعد البلوغ أوقعت ذلك الطلاق أو ذلك العتاق فيجوز ويكون ذلك إنشاء لا إجازة، ولو وكل الصبي وكيلاً بهذه التصرفات ففعل الوكيل ينظر إن فعل قبل البلوغ لا يتوقف وهو باطل، لأن فعل الوكيل كفعل الموكل؛ ولو فعل الصبي بنفسه لا يتوقف فكذا إذا فعله الوكيل، وإن فعل بعد البلوغ يتوقف على إجازته بمنزلة الفضولي على البائع، وإن بلغ الصبي فأجاز التوكيل بعد البلوغ قبل أن يفعل الوكيل شيئاً ثم فعل [أ/٢٠م] جاز، لأن إجازة التوكيل منه بمنزلة/ إنشائه وكذا وصية الصبي لا تنعقد لأنها تصرف لا مجيز له حال وجوده.

ألا ترى أنه لو فعل الولي لا يجوز عليه فلا يتوقف وسواء أطلق الوصية أو أضافها إلى حال البلوغ لما قلنا، حتى لو أوصى ثم مات قبل البلوغ أو بعده لا تجوز وصيته إلا إذا بلغ وأجاز تلك الوصية بعد البلوغ فتجوز لأن الإجازة منه بمنزلة إنشاء الوصية ولو أنشأ الوصية بعد البلوغ صح كذا هذا.

وعلى هذا تصرف المكاتب والعبد المأذون إن ماله مجيز حال وجوده يتوقف على إجازة المولى وما لا مجيز له حالة وجوده يبطل ولا يتوقف لما ذكرنا من الفقه إلا أن بين المكاتب والعبد المأذون والصبي فرقاً من وجه وهو أن المكاتب أو المأذون إذا فعل ما يتوقف على الإجازة بأن زوج نفسه امرأة ثم عتق ينفذ بنفس الإعتاق، وفي الصبي لا ينفذ بنفس البلوغ ما لم توجد الإجازة.

ووجه الفرق: أن العبد بعد الإذن يتصرف بمالكية نفسه على ما عرف فكان ينبغي أن ينفذ للحال إلا أنه توقف لحق المولى، فإذا عتق فقد زال المانع فنفذ بخلاف الصبي، فإن في أهليته قصوراً لقصور عقله فانعقد موقوفاً على الإجازة والبلوغ ليس بإجازة على ما مر.

وأما حكم شراء الفضولي فجملة الكلام فيه أن الفضولي إذا اشترى شيئاً لغيره فلا يخلو أما إن أضاف العقد إلى نفسه، وأما إن أضافه إلى الذي اشترى له، فإن أضافه إلى نفسه كان المشتري له سواء وجدت الإجازة من الذي اشترى له أو لم توجد لأن الشراء إذا وجد نفاذاً على العاقد نفذ عليه ولا يتوقف لأن الأصل أن يكون تصرف الإنسان لنفسه لا لغيره.

قال الله تعالى عز من قائل: ﴿لَهَا مَا كَسَبَتْ﴾ وقال عز من قائل: ﴿وأَنْ لَيْسَ للإنسان إلا ما سعى﴾ وشراء الفضولي كسبه حقيقة، فالأصل أن يكون له إلا إذا جعله لغيره أو لم يجد نفاذاً عليه لعدم الأهلية فيتوقف على إجازة الذي اشترى له بأن كان الفضولي صبياً محجوراً أو عبداً محجوراً فا• ترى لغيره يتوقف [ب/٢٠م] على إجازة ذلك/ الغير، لأن الشراء لم يجد نفاذاً عليه فيتوقف على إجازة الذي اشترى له ضرورة؛ فإن أجاز نفذ وكانت العهدة عليه لا عليهما لأنهما ليسا من أهل لزوم العهدة، وإن أضاف العقد إلى الذي اشترى له بأن قال الفضولي للبائع بع عبدك هذا من فلان بكذا فقال بعت وقبل الفضولي البيع فيه لأجل فلان، أو قال البائع بعت هذا العبد من فلان بكذا وقبل المشتري الشراء منه لأجل فلان فإنه يتوقف على إجازة المشترى له لأن تصرف الإنسان، وإن كان له على اعتبار الأصل إلا أن له أن يجعله لغيره بحق الوكالة وغير ذلك، وههنا جعله لغيره فينعقد موقوفاً على إجازته.

ولو قال الفضولي: للبائع اشتريت منك هذا العبد بكذا لأجل فلان فقال: بعت، أو قال البائع: للفضولي بعت منك هذا العبد بكذا لفلان فقال اشتريت لا يتوقف وينفذ الشراء عليه لأنه لم توجد الإضافة إلى فلان في الإيجاب والقبول، وإنما وجدت في أحدهما، وأحدهما شطر العقد فلا يتوقف لما ذكرنا أن الأصل أن لا يتوقف، وإنما توقف لضرورة الإضافة من الجانبين، فإذا لم يوجد يجب العمل بالأصل.

وهذا بخلاف الوكيل بالشراء أنه إذا اشترى شيئاً يقع شراؤه للموكل، وإن أضاف العقد إلى نفسه لا إلى الموكل، لأنه لما أمره بالشراء فقد أنابه مناب نفسه فكان تصرف الوكيل كتصرفه بنفسه، ولو اشترى بنفسه كان المشتري له كذا هذا والله تعالى أعلم.

ولو اشترى الفضولي شيئاً لغيره ولم يضف المشتري إلى غيره حتى لو كان الشراء له فظن المشتري والمشترى له أن المشترى يكون للمشترى له فسلم إليه بعد القبض بالثمن الذي اشتراه به وقبل المشترى له صح ذلك، ويجعل ذلك تولية كأنه ولاه منه بما اشترى، ولو علم المشتري بعد ذلك أن الشراء نفذ عليه والمشترى له فأراد أن يسترد من صاحبه بغير رضاه لم يكن له ذلك، لأن التولية منه قد صحت فلا يملك الرجوع، كمن اشترى منقولاً فطلب جاره الشفعة فظن المشتري أن له شفعة فسلم إليه. ثم أراد أحدهما أن ينقض ذلك من/ غير رضا الآخر لم يكن له ذلك، لأنه لما سلم إليه صار ذلك بيعاً بينهما. [أ/٢١/م]

ولو اختلفا فقال المشترى له كنت أمرتك بالشراء، وقال المشتري اشتريته لك بغير أمرك، فالقول قول المشترى له لأن المشتري لما قال اشتريته لك، كان ذلك إقراراً منه بأنه اشتراه بأمره لأن الشراء له لا يكون إلا بأمره عادة فكان القول قوله، ثم إن أخذه بقضاء القاضي لا يحل له ذلك إلا إذا كان صادقاً في كلامه فيما بينه وبين الله جل شأنه، وإن أخذه بغير قضاء طاب له لأنه أخذه برضاه فصار ذلك بيعاً منهما بتراضيهما.

ومنها: قيام البائع والمشتري حتى لو هلك أحدهما قبل الإجازة من المالك لا تلحقه الإجازة.

ومنها: قيام المالك حتى لو هلك المالك قبل إجازته لا يجوز بإجازة ورثته.

ومنها: قيام المبيع حتى لو هلك قبل إجازة المالك لا يجوز بإجازة المالك غير أنه إن هلك في يد المالك يملك بغير شيء، وإن هلك بعد التسليم إلى المشتري فالمالك بالخيار إن شاء ضمَّن البائع وإن شاء ضمن المشتري لوجود سبب الضمان من كل واحد منهما وهو التسليم من البائع والقبض من المشتري، لأن تسليم مال الغير وقبضه بغير إذن صاحبه كل واحد منهما سبب لوجوب الضمان، وأيهما اختار تضمينه بريء الآخر ولا سبيل عليه بحال، لأنه لما ضمن أحدهما فقد ملك المضمون فلا يملك تمليكه من غيره لما فيه من الاستحالة وهو تمليك شيء واحد في زمان واحد من اثنين على الكمال. فإن اختار تضمين المشتري رجع المشتري بالثمن على البائع وبطل البيع. وليس له أن يرجع عليه بما ضمن كما في المشتري من الغاصب.

وإن اختار تضمين البائع: ذكر الطحاوي رحمه الله أنه ينظر إن كان قبض البائع قبض ضمان بأن كان مغصوباً في يده نفذ بيعه لأنه لما ضمنه فقد ملك المغصوب من وقت الغصب. فتبين أنه باع ملك نفسه فينفذ، وإن كان قبضه قبض أمانة بأن كان وديعة عنده فباعه وسلمه إلى المشتري لا ينفذ بيعه. لأن الضمان

إنما وجب عليه بسبب متأخر عن البيع وهو التسليم. فيملك المضمون من ذلك الوقت لا من وقت البيع، [ب/٢١/م] فيكون بائعاً مال غيره بغير/ إذنه فلا ينفذ.

وذكر محمد رحمه الله في ظاهر الرواية وقال: يجوز البيع بتضمين البائع، قيل هذا محمول على ما إذا سلمه البائع أولاً ثم باعه لأنه إذا سلمه أولاً فقد صار مضموناً عليه بالتسليم، فتقدم سبب الضمان البيع، فتبين أنه باع مال نفسه فينفذ.

ثم إن كان قيام الأربعة التي ذكرنا شرطاً للحوق الإجازة، لأن الإجازة إنما تلحق القيام، وقيام العقد بهذه الأربعة ولأن الإجازة لها حكم الإنشاء من وجه، ولا يتحقق الإنشاء بدون العاقدين والمعقود عليه لذلك كان قيامها شرطاً للحوق الإجازة، فإن وجد صحت الإجازة وصار البائع بمنزلة الوكيل، إذ الإجازة اللاحقة بمنزلة الوكالة السابقة ويكون الثمن للمالك إن كان قائماً لأنه بدل ملكه، وإن هلك في يد البائع يهلك أمانة كما إذا كان وكيلاً في الابتداء وهلك الثمن في يده.

ولو فسخه البائع قبل الإجازة انفسخ واسترد المبيع إن كان قد سلم ويرجع المشتري بالثمن على البائع إن كان قد نقده، وكذا إذا فسخه المشتري ينفسخ، وكذا إذا فسخه الفضولي، فمحمد يحتاج إلى الفرق بين البيع والنكاح، فإن الفضولي من جانب الرجل في باب النكاح إذا زوجت المرأة نفسها لا يملك الفسخ عنده.

ووجه الفرق له: أن البيع الموقوف لو اتصلت به الإجازة فالحقوق ترجع إلى العاقد فهو بالفسخ يدفع العهدة عن نفسه فله ذلك بخلاف النكاح؛ لأن الحقوق في باب النكاح لا ترجع إلى العاقد بل هو سفير ومعبر، فإذا فرغ عن السفارة والعبارة التحق بالأجانب.

وأما قيام الثمن في يد البائع هل هو شرط لصحة الإجازة أم لا، فالأمر لا يخلو أما إن كان الثمن ديناً كالدراهم والدنانير والفلوس النافقة والموزون الموصوف والمكيل الموصوف في الذمة؛ وأما إن كان عيناً كالعروض، فإن كان ديناً فقيامه في يد البائع ليس بشرط للحوق الإجازة، لأن الدين لا يتعين بالتعيين فكان قيامه بقيام الذمة.

وإن كان عيناً فقيامه شرط للحوق الإجازة؛ فصار الحاصل أن قيام الأربعة شرط صحة الإجازة إذا كان الثمن ديناً، وإذا كان عيناً فقيام الخمس شرط، فإن وجدت الإجازة عند قيام الخمس جاز ويكون الثمن للبائع [أ/٢٢/م] لا للمالك، لأن الثمن إذا كان عيناً كان البائع مشترياً من وجه. والشراء لا يتوقف على الإجازة/ بل ينفذ على المشتري إذا وجد نفاذاً عليه بأن كان أهلاً وهو أهل. والمالك يرجع عليه بقيمة ماله إن لم يكن له مثل. وبمثله إن كان له مثل لأنه عقد لنفسه ونقد الثمن من مال غيره فيتوقف النقد على الإجازة. فإذا أجازه مالكه بعد النقد فيرجع عليه بمثله أو بقيمته.

بخلاف ما إذا كان الثمن ديناً لأنه إذا كان ديناً كان العاقد بائعاً من كل وجه. ولا يكون مشترياً لنفسه أصلاً فتوقف على إجازة المال. فإذا أجاز كان مجيزاً للعقد فكان بدله له.

ولو هلكت العين في يد الفضولي بطل العقد. ولا تلحقه الإجازة ويرد المبيع إلى صاحبه ويضمن للمشتري مثله إن كان له مثل. وقيمته إن لم يكن له مثل. لأنه قبضه بعقد فاسد. ولو تصرف الفضولي في

العين قبل الإجازة ينظر إن تصرف فيه قبل القبض فتصرفه باطل. لأن الملك في العقد الفاسد يقف على القبض. وإن تصرف فيه بعدما قبض بإذن المشتري صريحاً أو دلالة يصح تصرفه. لأنه تصرف في ملك نفسه وعليه مثله أو قيمته. لأن المقبوض بالبيع الفاسد مضمون به، ولا تلحقه الإجازة لأنه ملك بجواز تصرفه فيه فلا يحتمل الإجازة بعد ذلك، ولو تصرف المشتري في المبيع قبل الإجازة لا يجوز تصرفه سواء كان قبض المبيع أو لم يقبضه لعدم إذن مالكه والله تعالى أعلم.

وأما الولاية فالولاية في الأصل نوعان، نوع يثبت بتولية المالك، ونوع يثبت شرعاً لا بتولية المالك.

أما الأول: فهو ولاية الوكيل فينفذ تصرف الوكيل، وإن لم يكن المحل مملوكاً لوجود الولاية المستفادة من الموكل.

وأما الثاني: فهو ولاية الأب والجد أب الأب والوصي والقاضي، وهو نوعان أيضاً: ولاية النكاح وولاية غيره من التصرفات، أما ولاية النكاح فموضع بيانها كتاب النكاح، وأما ولاية غيره من المعاملات، فالكلام فيه في مواضع في بيان سبب هذه الولاية، وفي بيان شرائطها وفي بيان ترتيب الولاية.

أما الأول: فسبب هذا النوع من الولاية في التحقيق شيئان:/ [ب/٢٢/م]

أحدهما: الأبوة.

والثاني: القضاء، لأن الجد من قبل الأب أب لكن بواسطة ووصي الأب والجد استفاد الولاية منهما فكان ذلك ولاية الأبوة من حيث المعنى ووصي القاضي يستفيد الولاية من القاضي فكان ذلك ولاية القضاء معنى.

أما الأبوة فلأنها داعية إلى كمال النظر في حق الصغير لوفور شفقة الأب وهو قادر على ذلك لكمال رأيه وعقله والصغير عاجز عن النظر لنفسه بنفسه وثبوت ولاية النظر للقادر على العاجز عن النظر أمر معقول مشروع لأنه من باب الإعانة على البر ومن باب الإحسان ومن باب إعانة الضعيف وإغاثة اللهفان وكل ذلك حسن عقلاً وشرعاً. ولأن ذلك من باب شكر النعمة وهي نعمة القدرة إذا شكر كل نعمة على حسب النعمة فشكر نعمة القدرة معونة العاجز وشكر النعمة واجب عقلاً وشرعاً فضلاً عن الجواز ووصي الأب قائم مقامه لأنه رضيه واختاره، فالظاهر أنه ما اختاره من بين سائر الناس إلا لعلمه بأن شفقته على ورثته مثل شفقته عليهم، ولولا ذلك لما ارتضاه من بين سائر الناس فكان الوصي خلفاً عن الأب وخلف الشيء قائم مقامه كأنه هو، والجد له كمال الرأي ووفور الشفقة، إلا أن شفقته دون شفقة الأب فلا جرم تأخرت ولايته عن ولاية الأب، وولاية وصيه ووصي وصيه أيضاً، لأن تلك ولاية الأب من حيث المعنى على ما ذكرنا، ووصي الجد قائم مقامه لأنه استفاد الولاية من جهته، وكذا وصي وصيه.

وأما القضاء فلأن القاضي لاختصاصه بكمال العلم والعقل والورع والتقوى والخصال الحميدة أشفق الناس على اليتامى فصلح ولياً، وقد قال عليه الصلاة والسلام: «**السلطانُ وليُ من لا وَلي لَهُ**»[1] إلا أن شفقته

(١) تقدم تخريجه.

دون شفقة الأب والجد، لأن شفقتهما تنشأ عن القرابة وشفقته لا، وكذا وصيه، فتأخرت ولايته عن ولايتهما.

فصل: وأما شرائطها فأنواع بعضها يرجع إلى الولي وبعضها يرجع إلى المولى عليه، وبعضها يرجع إلى المولى فيه. أما الذي يرجع إلى الولي فأشياء:

منها: أن يكون حراً فلا تثبت ولاية العبد لقوله سبحانه وتعالى: ﴿ضَرَبَ اللَّهُ مَثَلاً عَبْداً مملُوكاً لاَ يَقْدِرُ عَلَى/ شَيْءٍ﴾[1] [أ/٢٣/م] ولأنه لا ولاية له على نفسه فكيف تثب له الولاية على غيره.

ومنها أن يكون عاقلاً فلا ولاية للمجنون لما قلنا. ومنها إسلام الولي إذا كان المولى عليه مسلماً، فإن كان كافراً لا تثبت له عليه الولاية لقوله عز وجل: ﴿ولَنْ يجعَلَ اللَّهُ للكافرينَ عَلَى المؤمنينَ سَبيلاً﴾[2] ولأن تنفيذ الولاية للكافر على المسلم يشعر بالذل به، وهذا لا يجوز.

وأما الذي يرجع إلى المولى عليه فالصغر فلا تثبت الولاية على الكبير لأنه يقدر على دفع حاجة نفسه فلا حاجة إلى إثبات الولاية عليه لغيره، وهذا لأن الولاية على الحر تثبت مع قيام المنافي للضرورة، ولا ضرورة حالة القدرة فلا تثبت. وأما الذي يرجع إلى المولى فيه فهو أن لا يكون من التصرفات الضارة بالمولى عليه لقوله عليه الصلاة والسلام: «لاَ ضَرَرَ وَلاَ إضْرَارَ في الإسلام»[3] وقال عليه الصلاة والسلام: «مَنْ لَمْ يَرحَمْ صَغِيْرَنَا فَلَيْسَ مِنّا»[4]، والإضرار بالصغير ليس من المرحمة في شيء، فليس له أن يهب مال الصغير من غيره بغير عوض، لأنه إزالة ملكه من غير عوض فكان ضرراً محضاً، وكذا ليس له أن يهب بعوض عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد له ذلك.

وجه قوله: أن الهبة بعوض معاوضة المال بالمال فكان في معنى البيع فملكها كما يملك البيع. ولهذا أنها هبة ابتداء بدليل أن الملك فيها يقف على القبض وذلك من أحكام الهبة. وإنما تصير معاوضة في الانتهاء وهو لا يملك الهبة فلم تنعقد هبته فلا يتصور أن تصير معاوضة بخلاف البيع، لأنه معاوضة ابتداء وانتهاء وهو يملك المعاوضة، وليس له أن يتصدق بماله ولا أن يوصي به، لأن التصدق والوصية إزالة الملك من غير عوض مالي فكان ضرراً فلا يملكه، وليس له أن يطلق امرأته لأن الطلاق من التصرفات الضارة المحضة، وليس له أن يعتق عبده سواء كان بعوض أو بغير عوض.

أما بغير عوض فلأنه ضرر محض، وكذا بعوض لأنه لا يقابله العوض للحال، لأن العتق معلق بنفس القبول، وإذا عتق بنفس القبول يبقى الدين في ذمة المفلس، وقد يحصل وقد لا يحصل فكان الاعتاق ضرراً محضاً للحال. وكذا ليس له أن يقرض ماله. لأن القرض إز'لة الملك من غير عوض/ للحال وهو معنى [ب/٢٣/م] قولهم القرض تبرع وهو لا يملك سائر التبرعات. كذا هذا بخلاف القاضي فإنه يقرض مال اليتيم.

---

(١) سورة النحل، الآية: (٧٦).

(٢) سورة النساء، الآية: (١٤١).

(٣) أخرجه التر.ذي في «السنن» كتاب البر والصلة باب ما جاء في رحمة الصبيان (١٩٢١) وأحمد في «المسند» (١/ ٢٥٧). والقضاعي في «مسند الشهاب» (١٢٠٣) والحاكم في «المستدرك» (٤/ ١٧٨) وصححه ووافقه الذهبي.

(٤) تقدم.

ووجه الفرق: أن الإقراض من القاضي من باب حفظ الدين، لأن توى الدين بالإفلاس أو بالإنكار. والظاهر أن القاضي يختار أملى الناس وأوثقهم وله ولاية التفحص عن أحوالهم فيختار من لا يتحقق إفلاسه ظاهراً وغالباً. وكذا القاضي يقضي بعلمه فلا يتحقق التوى بالإنكار وليس لغير القاضي هذه الولاية فبقي الإقراض منه إزالة الملك من غير أن يقابله عوض للحال فكان ضرراً فلا يملكه. وله أن يدين ماله من غيره.

وصورة الاستدانة: أن يطلب إنسان من غير الأب أو الوصي أن يبيعه شيئاً من أموال الصغير بمثل قيمته حتى يجعل أصل الشيء ملكه وثمن المبيع ديناً عليه ليرده فإن باعه منه بزيادة على قيمته فهو عينه، وإنما ملك الإدانة ولم يملك القرض، لأن الإدانة بيع ماله بمثل قيمته وليس له أن يزوج عبده لأنه يتعلق المهر برقبته وفيه ضرر، وليس له أن يبيع ماله بأقل من قيمته قدر ما لا يتغابن الناس فيه عادة، ولو باع لا ينفذ بيعه لأنه ضرر في حقه، وكذا ليس له أن يؤاجر نفسه أو ماله بأقل من أجرة المثل قدر ما لا يتغابن الناس فيه عادة، وليس له أن يشتري بماله شيئاً بأكثر من قيمته قدر ما لا يتغابن الناس فيه عادة لما قلنا، ولو اشترى ينفذ عليه ويكون المشترى له لأن الشراء وجد نفاذاً على المشتري. وله أن يقبل الهبة والصدقة والوصية لأن ذلك نفع محض فيملكه الولي. وقال عليه الصلاة والسلام: «خَيْرُ النَّاسِ مَنْ ينفعُ النَّاس»[1] وهذا يجري مجرى الحث على النفع، والحث على النفع ممن لا يملك النفع عبث. وله أن يزوج أمته لأنه نفع، وله أن يبيع ماله بأكثر من قيمته ويشتري له شيئاً بأقل من قيمته لما قلنا.

وله: أن يبيعه بمثل قيمته وبأقل من قيمته مقدار ما يتغابن الناس فيه عادة وله أن يشتري له شيئاً بمثل قيمته وبأكثر من قيمته قدر ما يتغابن الناس فيه عادة، وكذا له أن يؤاجر نفسه وماله بأكثر من أجر مثله أو بأجر مثله أو بأقل منه قدر ما يتغابن الناس فيه عادة.

وكذا له أن يستأجر له شيئاً بأقل من أجر المثل أو بأجر المثل أو بأكثر منه قدر ما يتغابن الناس فيه/ [أ/٢٤م] عادة. ولو أجر نفسه أو ماله ثم بلغ الصبي في المدة فله الخيار في إجارة النفس إن شاء مضى عليها وإن شاء أبطلها، ولا خيار له في إجارة المال.

ووجه الفرق: أن إجارة مال الصغير تصرف في ماله على وجه النظر فيقوم الأب فيه مقامه فلا يثبت له خيار الإبطال بالبلوغ، فأما إجارة نفسه فتصرف على نفسه بالإضرار وكان ينبغي أن لا يملكه الأب، إلا أنه ملكها من حيث إنها نوع رياضة وتهذيب للصغير وتأديب له، والأب يلي تأديب الصغير فوليها على أنها تأديب فإذا بلغ فقد انقطعت ولاية التأديب وهو الفرق وله أن يسافر بماله وله أن يدفع ماله مضاربة، وله أن يبضع، وله أن يؤكل بالبيع والشراء والإجارة والاستئجار، لأن هذه الأشياء من توابع التجارة، فكل من ملك التجارة يملك ما هو من توابعها، ولهذا ملكها المأذون، وله أن يعير ماله استحساناً والقياس أن لا يجوز.

وجه القياس: أن الإعارة تمليك المنفعة بغير عوض فكان ضرراً، وجه الاستحسان أن هذا من توابع التجارة وضروراتها فتملك بملك التجارة ولهذا ملكها المأذون، وله أن يودع ماله لأن الإيداع من ضرورات

---

(١) أخرجه الحاكم في «المستدرك» (١/٣٣٩) وصححه على شرط مسلم.
وأقره الذهبي وابن حبان في «صحيحه» كتاب الجنائز باب فصل في أعمار هذه الأمة (٢٩٨١).

التجارة، وله أن يأذن له بالتجارة عندنا إذا كان يعقل البيع والشراء، لأن الإذن بالتجارة دون التجارة فإذا ملك التجارة بنفسه فلأن يملك الإذن بالتجارة أولى، وله أن يكاتب عبده لأن المكاتبة عقد معاوضة فكان في معنى البيع، وله أن يرهن ماله بدينه، لأن الرهن من توابع التجارة لأن التاجر يحتاج إليه ولأنه قضاء الدين وهو يملك قضاء دينه من ماله فيملك الرهن بدينه أيضاً، وله أن يرهن ماله بدين نفسه أيضاً لأن عين المرهون تحت يد المرتهن إلا أنه إذا هلك يضمن مقدار ما صار مؤدياً من ذلك دين نفسه.

وله: أن يجعل ماله مضاربة عند نفسه وينبغي أن يشهد على ذلك في الابتداء ولو لم يشهد يحل له الربح فيما بينه وبين الله تعالى. ولكن القاضي لا يصدقه. وكذلك إذا شارك ورأس ماله أقل من مال الصغير. فإن/ [ب/٢٤/م] أشهد فالربح على ما شرط. وإن لم يشهد يحل فيما بينه وبين الله تعالى ولكن القاضي لا يصدقه ويجعل الربح على قدر رأس مالهما. وما عرفت من الجواب في الأب فهو الجواب في وصيه حال عدمه. وفي الجد ووصيه حال عدمه إلا أن بين الأب ووصيه وبين الجد ووصيه فرقاً من وجوه مخصوصة.

منها: أن الأب أو الجد إذا اشترى مال الصغير لنفسه أو باع مال نفسه من الصغير بمثل قيمته أو بأقل جاز. ولو فعل الوصي ذلك لا يجوز عند محمد أصلاً وعند أبي حنيفة وأبي يوسف إن كان خيراً لليتيم جاز وإلا فلا.

ومنها: أن لهما ولاية الاقتصاص لأجل الصغير في النفس وما دونها وللوصي ولاية الاقتصاص فيما دون النفس وليس له ولاية الاقتصاص في النفس، ومنها أن ولاية الصلح في النفس وما دونها على قدر الدية من غير حط بلا خلاف وليس لهما ولاية العفو، وفي جواز الصلح من الوصي روايتان. وقد ذكرنا الوجه في ذلك في كتاب الصلح.

ثم ولي اليتيم هل يأكل من مال اليتيم؟ فنقول لا خلاف في أنه إذا كان غنياً لا يأكل لقوله تعالى: ﴿وَمَنْ كَانَ غنيّاً فليَسْتَعفِفْ﴾[1] فأما إذا كان فقيراً فهل له أن يأكل على سبيل الإباحة أو ليس له أن يأكل إلا قرضاً. اختلف فيه الصحابة رضي الله عنهم: روي عن عبد الله بن عباس رضي الله عنهما أن له أن يأكل على سبيل الإباحة لكن بالمعروف من غير إسراف. وهو قول سيدتنا عائشة رضي الله عنها.

وروي عن سيدنا عمر رضي الله عنه أنه يأكل قرضاً فإذا أيسر قضى.

وهو إحدى الروايتين عن ابن عباس رضي الله عنهما. احتج هؤلاء بقوله تعالى: ﴿فإِذَا دَفعتُم إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ فأَشهِدُوا عَلَيْهِمْ﴾[2] أمر سبحانه وتعالى بالإشهاد على الأيتام عند دفع المال إليهم. ولو كان المال في أيدي الأولياء بطريق الأمانة لكان لا حاجة إلى الإشهاد لأن القول قول الولي إذا قال دفعت المال إلى اليتيم عند إنكاره. وإنما الحاجة إلى الإشهاد عند الأخذ قرضاً ليأكل منه. لأن في قضاء الدين القول قول صاحب

---

(١) سورة النساء، الآية: (٦).

(٢) سورة النساء، الآية: (٦).

الدين لا قول من يقضي الدين. وعن سعيد بن جبير رضي الله عنه أنه فسر قوله عز وجل: ﴿وَمَنْ كَانَ فَقِيراً فَلْيَأْكُلْ بِالمَعْرُوفِ﴾[١] قال: قرضاً.

احتج الأولون بظاهر قوله عزّ شأنه: ﴿وَمَنْ كَانَ فَقِيراً فَلْيَأْكُلْ بِالمَعْرُوفِ﴾[٢] أطلق الله عز شأنه لولي اليتيم أن يأكل من مال اليتيم بالمعروف وهو الوسط/ من غير إسراف. [١/٢٥م]

وروي أنّ رجلاً سأل رسولَ الله ﷺ فقال: ليس لي مالٌ ولي يتيمٌ؟ فقال عليه الصلاة والسلام: «**كل من مال يتيمك غير مسرف ولا متأثل مالك بماله**»[٣] وذكر محمد ومالك في الموطأ أن الأفضل هو الاستعفاف من ماله لما روي أن رجلاً أتى عبد الله بن مسعود رضي الله عنه فقال له أوصي إلى يتيم. فقال عبد الله لا تشتر من ماله شيئاً ولا تستقرض من ماله شيئاً. والله سبحانه وتعالى أعلم.

فصل: وأما ترتيب الولاية فأولى الأولياء الأب ثم وصيه ثم وصي وصيه ثم الجد ثم وصيه ثم وصي وصيه ثم القاضي ثم من نصبه القاضي وهو وصي القاضي، وإنما تثبت الولاية على هذا الترتيب، لأن الولاية على الصغار باعتبار النظر لهم لعجزهم عن التصرف بأنفسهم والنظر على هذا الترتيب، لأن ذلك مبني على الشفقة وشفقة الأب فوق شفقة الكل وشفقة وصيه فوق شفقة الجد لأنه مرضي الأب ومختاره فكان خلف الأب في الشفقة، وخلف الشيء قائم مقامه كأنه هو، وشفقة الجد فوق شفقة القاضي، لأن شفقته تنشأ عن القرابة والقاضي أجنبي، ولا شك أن شفقة القريب على قريبه فوق شفقة الأجنبي.

وكذا شفقة وصيه لأنه مرضي الجد وخلفه فكان شفقته مثل شفقته، وإذا كان ما جعل له الولاية على هذا الترتيب كانت الولاية على هذا الترتيب ضرورة لأن ترتيب الحكم على حسب ترتيب العلة والله سبحانه وتعالى أعلم.

وليس لمن سوى هؤلاء من الأم والأخ والعم وغيرهم ولاية التصرف على الصغير في ماله، لأن الأخ والعم قاصرا الشفقة، وفي التصرفات تجري جنايات لا يهتم لها إلا ذو الشفقة الوافرة، والأم وإن كانت لها وفور الشفقة لكن ليس لها كمال الرأي لقصور عقل النساء عادة فلا تثبت لهن ولاية التصرف في المال ولا لوصيهن، لأن الوصي خلف الموصي قائم مقامه فلا يثبت له إلا قدر ما كان للموصي، وهو قضاء الدين والحفظ لكن عند عدم هؤلاء، ولوصي الأم والأخ أن يبيع المنقول والعقار لقضاء دين الميت والباقي ميراث للصغير ثم ينظر إن كان واحد ممن ذكرنا حياً حاضراً فليس/ له ولاية التصرف أصلاً في ميراث الصغير، لأن [ب/٢٥م] الموصي لو كان حياً لا يملكه في حال حياته فكذا الوصي وإن لم يكن فله ولاية الحفظ لا غير إلا أنه يبيع

(١) سورة النساء، الآية: (٦).
(٢) سورة النساء، الآية: (٦).
(٣) أخرجه أحمد في «المسند» (٢/ ٢١٥، ٢١٦).
أخرجه أبو داود في «السنن» كتاب الوصايا باب ما جاء في ما لولي اليتيم (٢٨٧٢).
والنسائي في «السنن» كتاب الوصايا باب ما للوصي من مال اليتيم (٦/ ٢٥٦).
وابن ماجه في «السنن» كتاب الوصايا باب قوله: ﴿ومن كان فقيراً﴾ (٢٧١٨).

المنقول لما أن بيع المنقول من باب الحفظ، لأن حفظ الثمن أيسر وليس له أن يبيع العقار لاستغنائه عن الحفظ لكونه محفوظاً بنفسه.

وكذا لا يبيع الدراهم والدنانير لأنها محفوظة وليس له أن يشتري شيئاً على سبيل التجارة وله أن يشتري ما لا بد منه للصغير من طعامه وكسوته وما استفاد الصغير من المال من جهة أخرى سوى الإرث بأن وهب له شيء أو أوصى له به فليس له ولاية التصرف فيه أصلاً عقاراً كان أو منقولاً، لأنه لم يكن للموصي عليه ولاية فكذا الوصي.

وأما وصي المكاتب فله أن يبيع المنقول والعقار لقضاء دين المكاتب ولقضاء دين الكتابة. لأن المكاتب كان يملكه بنفسه فكذا وصيه وما فضل من كسبه يكون ميراثاً لورثته.

أما الأحرار منهم فلا شك وكذا الولد المولود في الكتابة ومن كوتب معه لأنه عتق في آخر جزء من أجزاء حياته بعتق أبيه، وإذا صار الفاضل من كسبه ميراثاً لورثته فهل يملك التصرف في مالهم، ذكر في الزيادات أنه لا يملك إلا الحفظ وجعله بمنزلة وصي الأم والأخ والعم، وفي كتاب القسمة ألحقه بوصي الأب فإنه أجاز قسمته في العقارات، والقسمة في معنى البيع فمن جازت قسمته يجوز بيعه فكان فيه روايتان.

وهذا إذا مات قبل أداء بدل الكتابة، فأما إذا أدى بدل الكتابة في حال حياته وعتق ثم مات كان وصيه كوصي الحر بلا خلاف.

والثاني: أن لا يكون في المبيع حق لغير البائع، فإن كان لا ينعقد كالمرهون والمستأجر لأن فيه إبطال حق المرتهن والمستأجر وهذا لا يجوز.

وقد اختلفت عبارات الكتب في هذه المسألة في بعضها أن البيع فاسد، وفي بعضها أنه موقوف وهو الصحيح، لأن ركن البيع صدر من أهله مضافاً إلى مال متقوم مملوك له مقدور التسليم من غير ضرر يلزمه.

[٢٦/أ/م] والدليل على أنه مقدور التسليم أنه يمكنه أن يفتك الرهن بقضاء الدين فيسلمه/ إلى المدين، وكذا احتمال الإجازة من المرتهن والمستأجر ثابت في البابين جميعاً إلا أنه لم ينفذ للحال لتعلق حقهما فتوقف، ويمكن التوفيق بين الروايتين بأن يحمل قوله فاسد على أنه لا حكم له ظاهر وهو تفسير الموقوف عندنا فإذا توقف على إجازتهما فإن أجازا جاز ونفذ، وهل يملكان المطالبة بالفسخ.

ذكر القدوري رحمه الله في «شرحه» وقال: أما المستأجر فلا يملك، وأما المرتهن فيجوز أن يقال يملك فرق بينهما من حيث إن حق المستأجر في المنفعة لا في العين إذ الإجارة عقد على المنفعة لا على العين والبيع عقد على العين فلم يكن البيع تصرفاً في محل حق المستأجر فلا يثبت له الخيار وحق المرتهن في العين لأنه يستوفي الدين من بدل العين بالبيع عند عدم الافتكاك من الراهن. ولهذا لو أجاز البيع كان الثمن رهناً عنده فكان البيع تصرفاً في محل حقه فيثبت له الخيار. وهل يثبت للمشتري خيار الفسخ فإن لم يعلم أنه مرهون أو مؤجر يثبت لأن العقد المطلق يقتضي التسليم للحال، وقد فات فيثبت له خيار الفسخ، وإن علم فلا خيار له لأنه رضي بالتسليم في الجملة.

ولو باع عبده الذي وجب عليه القود نفذ لأنه لا حق لولي القتيل في نفس القاتل وإنما له ولاية استيفاء القصاص وإنها لا تبطل بالبيع فيجوز البيع ولا يصير المولى بالبيع مختاراً للفداء سواء علم بالجناية أو لم يعلم لأن حق الولي في القصاص والبيع لا يبطل القصاص.

وكذلك لو أعتقه أو دبره أو كاتب أمة فاستولدها لما قلنا، وكذا لو باع عبده الذي/ هو حلال الدم [ب/٢٦/م] بالردة، لأن الردة توجب إباحة الدم لا غير والبيع لا يبطلها، وكذا لو أعتقه أو دبره، وكذا لو باع عبده الذي وجب قطع يده بالسرقة أو وجب عليه حد من الحدود كحد الزنا والقذف والشرب، لأن الواجب بهذه الجنايات ولاية استيفاء القطع والحد والبيع لا يبطلها.

ولو باع عبده الذي وجب دفعه بالجناية يجوز علم المولى بالجناية أو لا، ولا سبيل لولي الجناية على العبد ولا على المشتري لأنه لا حق له في نفس العبد وإنما يخاطب المولى بالدفع إلا أن يختار الفداء غير أنه إن كان عالماً بالجناية يلزمه أرش الجناية بالغاً ما بلغ، لأن إقدامه على البيع بعد العلم بالجناية اختيار للفداء إذ لو لم يختر لما باعه لما فيه من إبطال حق ولي الجناية في الدفع، والظاهر أنه لا يرضى به وعلى تقدير الاختيار كان البيع إبطالاً لحقهم إلى بدل وهو الفداء فكان الإقدام على البيع اختياراً للفداء، بخلاف ما إذا كان عليه قتل أو قطع بسبب السرقة أو حد لأن البيع لا يوجب بطلان هذه الحقوق فلم يكن الإقدام على البيع اختياراً للفداء فلا تسقط هذه الحقوق بل بقيت على حالها، وإن كان عالماً بالجناية يلزمه الأقل من قيمته ومن أرش الجناية، لأنه إذا لم يكن عالماً بالجناية كان البيع استهلاكاً للعبد من غير اختياره فعليه الأقل من قيمته، ومن أرش الجناية لأنه ما أتلف على ولي الجناية إلا قدر الأرش إلا إذا كان أقلهما عشرة آلاف درهم فينقص منها عشرة دراهم، لأن قيمة قتل العبد خطأ إذا بلغ عشرة آلاف درهم ينقص منها عشرة دراهم.

وكذلك لو أعتقه المولى أو دبره أو كاتب أمة فاستولدها جاز ولا سبيل لولي الجناية على العبد والمدبر وأم الولد غير أنه إن علم بالجناية كان ذلك اختياراً منه للفداء، وإن لم يعلم فعليه الأقل من قيمته ومن الدين وما زاد على هذا نذكره في كتاب جنايات العبيد في آخر كتاب الجنايات إن شاء الله تعالى.

فصل: وأما شرائط الصحة فأنواع:

بعضها يعم البياعات كلهاوبعضها يخص البعض دون البعض، أما الشرائط العامة:

فمنها: ما ذكرنا من شرائط الانعقاد والنفاذ لأن ما لا ينعقد ولا ينفذ البيع بدونه لا يصح بدونه ضرورة إذ الصحة أمر زائد على الانعقاد والنفاذ فكل ما كان شرط الانعقاد والنفاذ كان شرط الصحة ضرورة وليس كل ما يكون شرط الصحة يكون شرط النفاذ/ والانعقاد عندنا، فإن البيع الفاسد ينعقد وينفذ عند اتصال القبض به [أ/٢٧/م] عندنا وإن لم يكن صحيحاً.

ومنها: أن يكون المبيع معلوماً وثمنه معلوماً علماً يمنع من المنازعة، فإن كان أحدهما مجهولاً جهالة مفضية إلى المنازعة فسد البيع، وإن كان مجهولاً جهالة لا تفضي إلى المنازعة لا يفسد، لأن الجهالة إذا كانت مفضية إلى المنازعة كانت مانعة من التسليم والتسلم فلا يحصل مقصود البيع، وإذا لم تكن مفضية إلى المنازعة لا تمنع من ذلك فيحصل المقصود.

وبيانه في مسائل إذا قال: بعتك شاة من هذا القطيع أو ثوباً من هذا العدل فالبيع فاسد، لأن الشاة من القطيع والثوب من العدل مجهول جهالة مفضية إلى المنازعة لتفاحش التفاوت بين شاة وشاة وثوب وثوب فيوجب فساد البيع؛ فإن عين البائع شاة أو ثوباً وسلمه إليه ورضي به جاز ويكون ذلك ابتداءَ بيع بالمراضاة، ولأن البياعات للتوسل إلى استيفاء النفوس إلى انقضاء آجالها والتنازع يفضي إلى التفاني فيتناقض، ولأن الرضا شرط البيع والرضا لا يتعلق إلا بالمعلوم.

والكلام في هذا الشرط في موضعين:

أحدهما: أن العلم بالمبيع والثمن علماً مانعاً من المنازعة شرط صحة البيع.

والثاني: في بيان ما يحصل به العلم بهما.

أما الأول فبيانه في مسائل: وكذا إذا قال: بعتك أحد هذه الأثواب الأربعة بكذا وذكر خيار التعيين أو سكت عنه أو قال بعتك أحد هذين الثوبين أو أحد هذه الأثواب الثلاثة بكذا وسكت عن الخيار فالبيع فاسد، لأن المبيع مجهول، ولو ذكر الخيار بأن قال على أنك بالخيار تأخذ أيها شئت بثمن كذا وترد الباقي فالقياس أن يفسد البيع وفي الاستحسان: لا يفسد.

وجه القياس: أن المبيع مجهول لأنه باع أحدهما غير عين وهو غير معلوم فكان المبيع مجهولاً فيمنع صحة البيع كما لو باع أحد الأثواب الأربعة وذكر الخيار.

وجه الاستحسان: الاستدلال بخيار الشرط، والجامع بينهما مساس الحاجة إلى دفع الغبن وكل واحد من الخيارين طريق إلى دفع الغبن وورود الشرع هناك يكون وروداً ههنا والحاجة تندفع بالتحري/ [ب/٢٧م] في ثلاثة لاقتصار الأشياء على الجيد والوسط والرديء فيبقى الحكم في الزيادة مردوداً إلى أصل القياس ولأن الناس تعاملوا هذا البيع لحاجتهم إلى ذلك، فإن كل أحد لا يمكنه أن يدخل السوق فيشتري ما يحتاج إليه خصوصاً الأكابر والنساء فيحتاج إلى أن يأمر غيره ولا تندفع حاجته بشراء شيء واحد معين من ذلك الجنس لما عسى لا يوافق الآخر فيحتاج إلى أن يشتري أحد اثنين من ذلك الجنس فيحملهما جميعاً إلى الآمر فيختار أيهما شاء بالثمن المذكور ويرد الباقي فجوزنا ذلك لتعامل الناس ولا تعامل فيما زاد على الثلاثة فبقي الحكم فيه على أصل القياس.

قوله: المعقود عليه مجهول،قلنا: هذا ممنوع فإنه إذا شرط الخيار بأن قال على أن تأخذ أيهما شئت فقد انعقد البيع موجباً للملك عند اختياره لا للحال والمعقود عليه عند اختياره معلوم مع ما أن هذه جهالة لا تفضي إلى المنازعة، لأنه فوض الأمر إلى اختيار المشتري يأخذ أيهما شاء فلا تقع المنازعة، وهل يشترط بيان المدة في هذا الخيار.

اختلف المشايخ فيه لاختلاف ألفاظ محمد في هذه المسألة في الكتب، فذكر في الجامع الصغير على أن يأخذ المشتري أيهما شاء وهو فيه بالخيار ثلاثة أيام.

وذكر في «الأصل» على أن يأخذ أيهما شاء بألف ولم يذكر الخيار، فقال بعضهم: لا يجوز هذا البيع

إلا بذكر مدة خيار الشرط وهو ثلاثة أيام فما دونها عند أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما الثلاث وما زاد عليها بعد أن يكون معلوماً وهو قول الكرخي والطحاوي رحمهما الله، وقال بعضهم: يصح من غير ذكر المدة.

وجه قول الأولين: أن المبيع لو كان ثوباً واحداً معيناً وشرط فيه الخيار كان بيان المدة شرط الصحة بالإجماع فكذا إذا كان واحداً غير معين والجامع بينهما أن ترك التوقيت تجهيل لمدة الخيار وأنه مفسد للبيع، لأن للمشتري أن يردهما جميعاً والثابت بخيار التعيين رد أحدهما، وهذا حكم خيار الشرط فلا بد من ذكر مدة معلومة.

وجه قول الآخرين: أن توقيت الخيار في المعين إنما كان شرطاً، لأن الخيار فيه يمنع ثبوت الحكم للحاجة إلى دفع الغبن/ بواسطة التأمل فكان في معنى الاستثناء فلا بد من التوقيت ليصح استثناء ذلك في [أ/٢٨م] الوقت عن ثبوت حكم البيع فيه،وخيار التعيين لا يمنع ثبوت الحكم بل يثبت الحكم في أحدهما غير عين وإنما يمنع تعين المبيع لا غير فلا يشترط له بيان المدة والله سبحانه وتعالى أعلم.

والدليل على التفرقة بينهما أن خيار الشرط لا يورث على أصل أصحابنا، وخيار التعيين يورث بالإجماع إلا أن للمشتري أن يردهما جميعاً لا حكماً لخيار الشرط المعهود ليشترط له بيان المدة بل لأن البيع المضاف إلى أحدهما غير لازم فكان محلاً للفسخ كالبيع بشرط خيار معهود على ما نذكر إن شاء الله تعالى.

وعلى هذا يخرج ما إذا اشترى ثوبين أو عبدين أو دابتين على أن المشتري أو البائع بالخيار في أحدهما ثلاثة أيام ولم يعين الذي فيه الخيار من الذي لا خيار فيه ولا بين حصة كل واحد منهما من الثمن أن البيع فاسد فيهما جميعاً لجهالة المبيع والثمن.

أما جهالة المبيع فلأن العقد في أحدهما بات وفي الآخر خيار ولم يعين أحدهما من الآخر فكان المبيع مجهولاً، وأما جهالة الثمن فلأنه إذا لم يسم لكل واحد منهما ثمناً فلا يعرف ذلك إلا بالحزر والظن فكان الثمن مجهولاً والمبيع مجهولاً وجهالة أحدهما تمنع صحة البيع فجهالتهما أولى.

وكذا إذا عين الذي فيه الخيار لكن لم يبين حصة كل واحد منهما من الثمن لأن الثمن مجهول، وكذا إذا بين ثمن كل واحد منهما لكن لم يعين الذي فيه الخيار من صاحبه لأن المبيع مجهول، ولو عين وبين جاز البيع فيهما جميعاً لأن المبيع والثمن معلومان ويكون البيع في أحدهما باتاً من غير خيار، وفي الآخر فيه خيار لأنه هكذا فعل فإذا أجاز من له الخيار البيع فيما له فيه الخيار أو مات أو مضت مدة الخيار من غير فسخ حتى تم البيع ولزم المشتري ثمنهما ليس له أن يأخذ أحدهما أو كلاهما ما لم ينقد ثمنهما جميعاً، لأن الخيار لما سقط ولزم العقد صار كأنه اشتراهما جميعاً شراءً باتاً، ولو كان كذلك كان الأمر على ما وصفنا فكذا هذا.

ولو اشترى ثوباً واحداً أو دابة واحدة بثمن معلوم على أن المشتري أو البائع/ بالخيار في نصفه ونصفه [ب/٢٨] بات جاز البيع لأن النصف معلوم وثمنه معلوم أيضاً والله سبحانه وتعالى أعلم.

ولو باع عدداً من جملة المعدودات المتفاوتة كالبطيخ والرمان بدرهم والجملة أكثر مما سمى فالبيع فاسد لجهالة المبيع جهالة مفضية إلى المنازعة فإن عزل ذلك القدر من الجملة بعد ذلك أو تراضيا عليه فهو جائز لأن ذلك بيع مبتدأ بطريق التعاطي، وإليه أشار في الكتاب فقال: وإنما وقع البيع على هذا المعزول

حين تراضيا، وهذا نص على جواز البيع بالمراوضة.

ولو قال: بعت هذا العبد بقيمته فالبيع فاسد لأنه جعل ثمنه قيمته وإنها تختلف باختلاف تقويم المقومين فكان الثمن مجهولاً؛ وكذلك إذا اشترى من هذا اللحم ثلاثة أرطال بدرهم ولم يبين الموضع فالبيع فاسد، وكذلك إذا بين الموضع بأن قال زن لي من هذا الجنب رطلاً بكذا أو من هذا الفخذ على قياس قول أبي حنيفة في السلم، وعلى قياس قولهما يجوز.

وكذا روي عن محمد رحمه الله أنه يجوز، وكذا إذا باع بحكم المشتري أو بحكم فلان لأنه لا يدري بماذا يحكم فلان فكان الثمن مجهولاً، وكذا إذا قال: بعتك هذا بقفيز حنطة أو بقفيزي شعير لأن الثمن مجهول، وقيل: هو البيعان في بيع.

وقد روي أن رسول الله ﷺ: «نَهَى عَنْ بيعينِ في بيعٍ»(١) وكذا إذا قال: بعتك هذا العبد بألف درهم إلى سنة أو بألف وخمسمائة إلى سنتين لأن الثمن مجهول، وقيل: هو الشرطان في بيع.

وقد روي أن رسول الله ﷺ: «نَهَى عَنْ شَرْطَيْنِ فِي بَيْعٍ»(٢) ولو باع شيئاً بربح ده بازده ولم يعلم المشتري رأس ماله فالبيع فاسد حتى يعلم فيختار أو يدع، هكذا روى ابن رستم عن محمد لأنه إذا لم يعلم رأس ماله كان ثمنه مجهولاً وجهالة الثمن تمنع صحة البيع، فإذا علم ورضي به جاز البيع، لأن المانع من الجواز هو الجهالة عند العقد، وقد زالت في المجلس وله حكم حالة العقد فصار كأنه كان معلوماً عند العقد، وإن لم يعلم به حتى إذا افترقا تقرر الفساد.

ولو هلك المبيع قبل العلم بعد القبض فعليه قيمته، لأن هذا حكم البيع الفاسد وقد تقرر الفساد بالهلاك، لأن بالهلاك خرج البيع عن احتمال الإجازة والرضا لأن الإجازة إنما تلحق القائم دون الهالك فتقرر الفساد فلزمته القيمة.

[٢٩/أ/م] وروى ابن شجاع عن محمد: أن البيع/ جائز ومعناه أنه موقوف على الإجازة وإليه أشار أبو يوسف رحمه الله فإنه قال: صح، وهذه أمارة البيع الموقوف، فإن مات البائع قبل أن يرضى المشتري، وقد قبض أو لم يقبض انتقض البيع ولو كان المبيع عبداً فقبضه ثم أعتقه أو باعه أو مات قبل العلم جاز العتق والبيع وعليه قيمته لوجود الهلاك حقيقة بالموت وبالإعتاق في المبيع فخرج البيع عن احتمال الإجازة فتأكد الفساد فيلزمه القيمة.

---

(١) أخرجه الترمذي في «السنن» كتاب البيوع باب ما جاء في النهي عن بيعتين في بيعة (١٢٣١).
وقال (حسن صحيح) والنسائي في «السنن» كتاب البيوع باب بيعتين في بيعة (٧/ ٢٩٥).
وأبو داود في «السنن» كتاب البيوع باب فيمن باع بيعتين في بيعة (٣٤٦١).
والحاكم في «المستدرك» كتاب البيوع (٢/ ١٧) والبيهقي في «السنن الكبرى» (٥/ ٣٤٣).

(٢) أخرجه أحمد في «المسند» (٢/ ١٧٨، ١٧٩) وأبو داود في «السنن» كتاب البيوع باب في الرجل يبيع ما ليس عنده (٣٥٠٤)
والترمذي في «السنن» كتاب البيوع باب ما جاء في كراهية بيع ما ليس عندك (١٢٣٤) وقال: (حسن صحيح).
والنسائي في «السنن» كتاب البيوع باب بيع ما ليس عند البائع (٧/ ٢٩٥).
وابن ماجه في «السنن» كتاب التجارات باب النهي عن بيع ما ليس عندك (٢١٨٨) بلفظ: «لا يحل سلف وبيع، ولا شرطان في بيع».

ولو أعتقه بعدما علم برأس المال فعليه الثمن لأن إقدامه على الإعتاق دليل الإجازة، ولو عتق بالقرابة قبل العلم بالثمن بعد القبض فعليه قيمته لأنه لا صنع له في القرابة فلم يوجد دليل الإجازة فكان العتق بها بمنزلة هلاك العبد قبل العلم وهناك تجب القيمة كذا ههنا.

وكذا إذا باع الشيء برقمه أو رأس ماله ولم يعلم المشتري رقمه ورأس ماله فهو كما إذا باع شيئاً بربح ده بازده ولم يعلم ما اشترى به.

ولو قال: بعتك قفيزاً من هذه الصبرة صح، وإن كان قفيزاً من صبرة مجهولاً لكن هذه جهالة لا تفضي إلى المنازعة، لأن الصبرة الواحدة متماثلة القفزان بخلاف الشاة من القطيع وثوب من الأربعة لأن بين شاة وشاة تفاوتاً فاحشاً، وكذا بين ثوب وثوب والله سبحانه وتعالى أعلم.

ولو باع شيئاً بعشرة دراهم أو بعشرة دنانير وفي البلد نقود مختلفة انصرف إلى النقد الغالب، لأن مطلق الاسم ينصرف إلى المتعارف خصوصاً إذا كان فيه صحة العقد، وإن كان في البلد نقود غالبة فالبيع فاسد لأن الثمن مجهول إذ البعض ليس بأولى من البعض.

وعلى هذا يخرج أصل أبي حنيفة عليه الرحمة أن جملة الثمن إذا كانت مجهولة عند العقد في بيع مضاف إلى جملة فالبيع فاسد إلا في القدر الذي جهالته لا تفضي إلى المنازعة.

وجملة الكلام فيه أن المبيع لا يخلو إما أن كان من المثليات من المكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة، وإما أن يكون من غيرها من الذرعيات والعدديات المتفاوتة ولا يخلو إما أن سمى جملة الكيل والوزن/ والعدد والذرع في البيع، وأما أن لم يسم، أما المكيلات فإن لم يسم جملتها بأن قال: بعت منك [ب/٢٩/م] هذه الصبرة كل قفيز منها بدرهم لم يجز البيع إلا في قفيز منها بدرهم ويلزم البيع فيه عند أبي حنيفة، ولا يجوز في الباقي إلا إذا علم المشتري جملة القفزان قبل الافتراق بأن كالها فله الخيار إن شاء أخذ كل قفيز بدرهم وإن شاء ترك، وإن لم يعلم حتى افترقا عن المجلس تقرر الفساد، وعند أبي يوسف ومحمد يلزمه البيع في كل الصبرة كل قفيز منها بدرهم سواء علم أو لم يعلم.

وعلى هذا الخلاف إذا قال كل قفيز منها بدرهمين أو كل ثلاثة أقفزة منها بثلاثة دراهم، وعلى هذا الخلاف الوزن الذي لا ضرر في تبعيضه كالزيت وتبر الذهب والفضة والعددي المتقارب كالجوز واللوز إذا لم يسم جملتها.

وأما الذرعيات فإن لم يسم جملة الذرعان بأن قال: بعت منك هذا الثوب أو هذه الأرض أو هذه الخشبة كل ذراع منها بدرهم فالبيع فاسد في الكل عند أبي حنيفة رحمه الله إلا إذا علم المشتري جملة الذرعان في المجلس فله الخيار إن شاء أخذ وإن شاء ترك، وإن لم يعلم حتى إذا تفرقا تقرر الفساد، وعند أبي يوسف ومحمد يجوز البيع في الكل ويلزمه كل ذراع منه بدرهم.

وعلى هذا الخلاف إذا قال: كُلّ ذراعين بدرهمين أو كل ثلاثة أذرع بثلاثة دراهم، وعلى هذا الخلاف العدديات المتفاوتة كالأغنام والعبيد بأن قال: بعت منك هذا القطيع من الغنم كل شاة منها بعشرة دراهم ولم

يسم جملة الشياه، وعلى هذا الخلاف الوزني الذي في تبعيضه ضرر كالمصوغ من الأواني والقلب ونحو ذلك.

وجه قولهما: في مسائل الخلاف أن جملة البيع معلومة، وجملة الثمن ممكن الوصول إلى العلم بالكيل والوزن والعدد والذرع فكانت هذه جهالة ممكنة الرفع والإزالة ومثل هذه الجهالة لا تمنع صحة البيع كما إذا باع بوزن هذا الحجر ذهباً ولأبي حنيفة رحمه الله أن جملة الثمن مجهولة حالة العقد جهالة مفضية إلى المنازعة فتوجب فساد العقد كما إذا باع الشيء برقمه ولا شك أن حمـلة الثمن حالة العقد مجهولة لأنه [أ/٣٠/م] باع كل قفيز من الصبرة بدرهم وجملة/ القفزان ليست بمعلومة حالة العقد فلا تكون جملة الثمن معلومة ضرورة، وكذلك هذا في الموزون والمعدود والمذروع.

وقولهما يمكن رفع هذه الجهالة مسلم لكنها ثابتة للحال إلى أن ترتفع وعندنا إذا ارتفعت في المجلس ينقلب العقد إلى الجواز، لأن المجلس وإن طال فله حكم ساعة العقد والبيع بوزن هذا الحجر ذهباً ممنوع على أصل أبـي حنيفة رحمه الله، وإنما اختلف جواب أبـي حنيفة بين المثليات وغيرها من وجه حيث جوز البيع في واحد في باب الأمثال ولم يجز في غيرها أصلاً، لأن المانع من الصحة جهالة الثمن لكونها مفضية إلى المنازعة وجهالة قفيز من صبرة غير مانعة مع الصحة لأنها لا تفضي إلى المنازعة.

ألا ترى لو اشترى قفيزاً من هذه الصبرة ابتداء جاز فإذا تعذر العمل بعموم كلمة ﴿كل﴾ صرفت إلى الخصوص لأنه ممكن على الأصل المعهود في صيغة العام إذا تعذر العمل بعمومها أنها تصرف إلى الخصوص عند إمكان الصرف إليه بخلاف الأشياء المتفاوتة لأن جهالة شاة من قطيع وذراع من ثوب جهالة مفضية إلى المنازعة.

ألا ترى أن بيع ذراع من ثوب وشاة من قطيع لا يجوز ابتداء فتعذر العمل بعموم كلمة ﴿كل﴾ ففسد البيع في الكل، ولو قال بعت منك هذا القطيع من الغنم كل شاتين بعشرين درهماً فالبيع فاسد في الكل بالإجماع.

وإن علم المشتري عدد الجملة في المجلس واختار البيع فرق بين المعدود المتفاوت وبين المذروع والمكيل والموزون والمعدود المتقارب أن الواحد والاثنين هناك على الاختلاف، وإذا علم في المجلس واختار البيع يجوز بلا خلاف، وههنا لا يجوز الاثنين بلا خلاف، وإن علم واختار البيع.

ووجه الفرق: أن المانع هناك جهالة الثمن وهي محتملة الارتفاع والزوال ثمة بالعلم في المجلس فكان المانع يحتمل الزوال والجهالة ههنا لا تحتمل الارتفاع أصلاً لأن ثمة كل واحد منهما مجهول لا يدري كم هو.

[ب/٣٠/م] ولو قال: بعت منك هذه الصبرة بمائة درهم كل قفيز بدرهم ولم يسم جملة/ الصبرة ولكنه سمى جملة الثمن لم يذكر هذا في الأصل، وذكر الطحاوي رحمه الله أنه يجوز وهو صحيح، لأن المانع جهالة الثمن ولم توجد حيث سماها وصارت تسمية جملة الثمن بمنزلة تسمية جملة المبيع، ولو سمى جملة المبيع لجاز على ما نذكره كذا هذا.

هذا الذي ذكرنا إذا لم يسم جملة المبيع من المكيلات والموزونات والمذروعات والمعدودات، فأما إذا سماها بأن قال بعت منك هذه الصبرة على أنها مائة قفيز كل قفيز بدرهم، أو قال على أنها مائة قفيز بمائة درهم سمى لكل واحد من القفزان ثمناً على حدة أو سمى للكل ثمناً واحداً هما سواء فلا شك في جواز البيع، لأن جملة البيع معلومة وجملة الثمن معلومة ثم إن وجدها كما سمى فالأمر ماض ولا خيار للمشتري وإن وجدها أزيد من مائة قفيز فالزيادة لا تسلم للمشتري بل ترد إلى البائع ولا يكون للمشتري إلا قدر ما سمى وهو مائة قفيز ولا خيار له، وإن وجدها أقل من مائة قفيز فالمشتري بالخيار إن شاء أخذها بحصتها من الثمن وطرح حصة النقصان، وإن شاء تركها وأصل هذا أن الزيادة فيما لا ضرر في تبعيضه لا تجري مجرى الصفة بل هي أصل فلا بد وأن يقابله الثمن ولا ثمن للزيادة فلا يدخل في البيع فكان ملك البائع فيرد إليه والنقصان فيه نقصان الأصل لا نقصان الصفة فإذا وجدها أنقص مما سمى نقص من الثمن حصة النقصان. وإن شاء ترك لأن الصفقة تفرقت عليه لأنها وقعت على مائة قفيز ولم تسلم له فأوجب خللاً في الرضا فيثبت له خيار الترك وكذا الجواب في الموزونات التي ليس في تنقيصها ضرر لأن الزيادة فيها لا تجري مجرى الصفة بل هي أصل بنفسها، وكذلك المعدودات المتقاربة.

وأما المذروعات من الثوب والأرض والخشب وغيرها، فإن سمي لجملة الذرعان ثمناً واحداً ولم يسم لكل ذراع منها على حدة بأن قال بعت منك هذا الثوب على أنه عشرة أذرع بعشرة دراهم فالبيع جائز لأن المبيع وثمنه معلومان ثم إن وجده مثل ما سمى لزمه الثوب بعشرة دراهم ولا خيار له، وإن وجده أحد عشر ذراعاً فالزيادة/ سالمة للمشتري، وإن وجده تسعة أذرع لا يطرح لأجل النقصان شيئاً من الثمن وهو بالخيار [أ/ ٣١/م] إن شاء أخذه بجميع الثمن، وإن شاء ترك فرق بينهما وبين المكيلات والموزونات التي ليس في تنقيصها ضرر والعدديات المتقاربة.

ووجه الفرق: أن زيادة الذرع في الذرعيات جارية مجرى الصفة كصفة الجودة والكتابة والخياطة ونحوها والثمن يقابل الأصل لا الصفة، والدليل على أنها جارية مجرى الصفة أن وجودها يوجب جودة في الباقي وفواتها يسلب صفة الجودة ويوجب الرداءة فتلحق الزيادة بالجودة والنقصان بالرداءة حكماً. والجودة والرداءة صفة والصفة ترد على الأصل دون الصفة إلا أن الصفة تملك تبعاً للموصوف لكونها تابعة قائمة به فإذا زاد صار كأنه اشتراه رديئاً فإذا هو جيد كما إذا اشترى عبداً على أنه ليس بكاتب أو ليس بخياط فوجده كاتباً أو خياطاً أو اشترى عبداً على أنه أعور فوجده سليم العينين أو اشترى جارية على أنها ثيب فوجدها بكراً تسلم له ولا خيار للبائع كذا هذا.

وإذا نقص صار كأنه اشتراه على أنه جيد فوجده رديئاً، أو اشترى عبداً على أنه كاتب أو خباز أو صحيح العينين فوجده غير كاتب ولا خباز ولا صحيح العينين أو اشترى جارية على أنها بكر فوجدها ثيباً لا يطرح شيئاً من الثمن لكن يثبت له الخيار، كذا هذا بخلاف المكيلات والموزونات التي لا ضرر فيها إذا نقصت والمعدودات المتقاربة لأن الزيادة فيها غير ملحقة بالأوصاف لأنها أصل بنفسها حقيقة، والعمل بالحقيقة واجب ما أمكن، إلا أنها ألحقت بالصفة في المذروعات ونحوها، لأن وجودها يوجب الجودة والكمال للباقي، وفواتها يوجب النقصان والرداءة له وهذا المعنى ههنا منعدم فبقيت أصلاً بنفسها حقيقة وإن

على أنه عشرة أذرع كل ذراع بدرهم فالبيع سمى لكل ذراع منها ثمناً على حدة بأن قال بعت منك هذا الثوب على أنه عشرة أذرع كل ذراع بدرهم فالبيع جائز لما قلنا، ثم إن وجده مثل ما سمى فالأمر ماضٍ ولزمه الثوب كل ذراع بدرهم، وإن وجده أحد عشر/ [ب/٣١/م] ذراعاً فهو بالخيار إن شاء أخذ كله بأحد عشر درهماً وإن شاء ترك، وإن وجده تسعة أذرع فهو بالخيار إن شاء طرح حصة النقصان درهماً وأخذه بتسعة دراهم وإن شاء ترك لتفرق الصفقة عليه، وهذا يشكل على الأصل الذي ذكرنا أن زيادة الذرع في المذروعات تجري مجرى الصفة لها؛ لأن الثمن يقابل الأصل دون الوصف فينبغي أن تكون الزيادة سالمة للمشتري ولا خيار له ولا يطرح لأجل النقصان شيئاً كما في الفصل الأول، لأن الثمن يقابل الأصل دون الصفة بمنزلة زيادة الجودة ونقصان الرداءة على ما ذكرنا.

وحل هذا الإشكال أن الذرع في المذروعات إنما يجري مجرى الصفة على الإطلاق إذا لم يفرد كل ذراع بثمن على حدة.

فإما إذا أفرد به فلا يجري مجرى الصفة مطلقاً، بل يكون أصلاً من وجه وصفةً من وجه، فمن حيث إن التبعيض فيها يوجب تعيُّب الباقي كانت الزيادة صفة بمنزلة صفة الجودة، ومن حيث إنه سمى لكل ذراع ثمناً على حدة كان كل ذراع معقوداً عليه فكانت الزيادة أصلاً من وجه صفة من وجه، فمن حيث إنها صفة كانت للمشتري لأن الثمن يقابل الأصل لا الصفة وإنما يدخل في البيع تبعاً على ما بينا.

ومن حيث إنها أصل لا يسلم له إلا بزيادة ثمن اعتباراً للجهتين جميعاً بقدر الإمكان فله الخيار في أخذ الزيادة وتركها، لأنه لو لزمه الأخذ لا محالة يلزمه زيادة ثمن لم يكن لزومها ظاهراً عند العقد واختل رضاه فوجب الخيار. وفي النقصان إن شاء طرح قدر النقصان وأخذ الباقي اعتباراً لجهة الأصالة، وإن شاء ترك لأن الصفقة تفرقت عليه وأوجب خللاً في الرضا وذا يوجب الخيار. هذا إذا كانت الزيادة والنقصان ذراعاً تاماً، فإما إذا كانت دون ذراع لم يذكر هذا في ظاهر الروايات.

وذكر في غير رواية الأصول اختلاف أقاويل أصحابنا الثلاثة في كيفية الخيار فيه، فأبو حنيفة ومحمد رحمهما الله فرّقا بين الزيادة والنقصان، غير أن أبا حنيفة جعل زيادة نصف ذراع بمنزلة زيادة ذراع كامل فقال إن شاء أخذه بأحد عشر درهماً وإن شاء ترك وجعل نقصان ذراع كلا نقصان، لكن جعل له الخيار فقال إن شاء أخذ بعشرة دراهم وإن شاء ترك ولا يطرح من الثمن شيئاً لأجل النقصان، ومحمد جعل على القلب من ذلك، فجعل زيادة نصف ذراع كلا زيادة، فقال يأخذ المشترى بجميع الثمن ولا خيار له وجعل نقصان نصف ذراع كنقصان ذراع كامل؛ وقال إن شاء أخذ بتسعة دراهم وإن شاء ترك.

وأما أبو يوسف رحمه الله فسوّى بين الزيادة والنقصان. فقال في زيادة نصف ذراع يزاد على الثمن نصف درهم وله الخيار إن شاء أخذه بعشرة دراهم/ ونصف وإن شاء ترك. وقال في نقصان نصف ذراع [أ/٣٢/م] ينقص من الثمن نصف درهم وله الخيار إن شاء أخذه بتسعة دراهم ونصف وإن شاء ترك. والقياس ما قاله أبو يوسف وهو اعتبار الجزء بالكل إلا أنهما كأنهما استحسنا لتعامل الناس. فجعل أبو حنيفة زيادة نصف ذراع بمنزلة ذراع تام ونقصان نصف ذراع كلا نقصان. لأن الناس في العادات في بياعاتهم وأشريتهم لا يعدون نقصان نصف ذراع نقصاناً بل يحسبونه ذراعاً تاماً فبنى الأمر في ذلك على تعامل الناس. وجعل محمد الأمر

في ذلك على القلب من ذلك لما أن الباعة يسامحون في زيادة نصف على القدر المسمّى في البيع عادةً ولا يعدونه زيادة فكانت تلك الزيادة ملحقة بالعدم عادةً كأنه لم يزد، وكذا يسامحون فيعدون نقصان نصف ذراع في العادات نقصان ذراع كامل فتركنا القياس بتعامل الناس، ويجوز أن يكون اختلاف جوابهما لاختلاف عادات الناس والله سبحانه وتعالى أعلم.

وعلى هذا جميع المذروعات من الأرض والخشب وغيرهما أنه إن لم يسم لكل ذراع ثمناً بأن قال بعت منك هذه الأرض على أنها ألف ذراع بألف درهم فالبيع جائز لما قلنا. ثم إن وجدها مثل ما سمى فالأمر ماض ويلزمه الأرض كل ذراع بدرهم، وإن وجدها أزيد فالزيادة سالمة له ولا خيار، وإن وجدها أنقص فهو بالخيار إن شاء أخذها بجميع الثمن/ وإن شاء ترك لما ذكرنا أن زيادة الذرع في الذرعيات جارية مجرى [ب/٣٢/م] الصفات والثمن يقابل الأصل دون الصفة، وإن سمى لكل ذراع ثمناً على حدة بأن قال كل ذراع بكذا فالبيع جائز لما ذكرنا ثم إن وجدها مثل ما سمى فالأمر ماضٍ، وإن وجدها أزيد فهو بالخيار إن شاء أخذ الزيادة بثمنها وإن شاء ترك لأنه يلزمه زيادة ثمن لم يلتزمه لذا العقد، وإن وجده أنقص تسقط حصته من الثمن وله الخيار لتفرق الصفقة على ما ذكرنا في الثوب. وعلى هذا الخشب وغيره من الذرعيات، وعلى هذا الموزونات التي في تبعيضها ضرر بأن قال بعت منك هذه السبيكة من الذهب على أنها مثقالان بكذا فالبيع جائز. ثم إن وجد على ما سمّى فالأمر ماضٍ، وإن وجده أزيد أو أنقص فهو على التفصيل الذي ذكرنا في الذرعيات.

وعلى هذا إذا باع مصوغاً من نحاس أو صفر أو ما أشبه ذلك على أن فيه كذا مناً بكذا درهماً فوجده أكثر أو أقل فهو على التفصيل الذي ذكرنا لأن الوزن في مثله يكون ملحقاً بالصفة بمنزلة الذرع في الذرعيات، لأن تبعيضه يوجب تعييب الباقي وهذا حد الصفة في هذا الباب.

ولو باع مصوغاً من الفضة على أن وزنه مائة بعشرة دنانير ولم يسم لكل عشرة ثمناًعلى حدة بأن قال بعشرة دنانير ولم يقل كل وزن عشرة بدينار وتقابضا وافترقا فالبيع جائز. ثم إن وجده على ما سمّى فالأمر ماضٍ ولا خيار وإن وجده أزيد بأن كان مائتي درهم مثلاً فالكل للمشتري بعشرة دنانير ولا يزاد في الثمن شيء لأن الزيادة فيه بمنزلة الصفة والصفات المحضة لا يقابلها الثمن، وإن وجده تسعين أو ثمانين فهو بالخيار على ما ذكرنا وإن سمى لكل عشرة ثمناً على حدة بأن قال بعت منك على أن وزنه مائة بعشرة دنانير كل وزن عشرة بدينار وتقابضا فالبيع جائز ثم إن وجده على ما سمى فالأمر ماض ولا خيار.

وإن وجد وزنه أزيد بأن كان مائة وخمسين نظر في ذلك إن علم ذلك قبل التفرق فله الخيار إن شاء/ زاد [أ/٣٣/م] في الثمن خمسة دنانير وأخذ كله بخمسة عشر ديناراً وإن شاء ترك، لأن ساعات المجلس لها حكم ساعة العقد.

وإن علم بعد التفرق بطل البيع في ثلث المصوغ لانعدام التقابض فيه وله الخيار في الباقي إن شاء رضي به بعشرة دنانير، وإن شاء ردّ الكل واسترد الدنانير لأن الشركة في الأعيان عيب.

وإن وجد وزنه خمسين وعلم ذلك قبل التفرق أو بعده فله الخيار إن شاء رده وإن شاء رضي به واسترد

من الثمن خمسة دنانير، وكذلك لو باع مصوغاً من ذهب بدراهم فهو على هذا التفصيل.

ولو باع مصوغاً من الفضة بجنسها أو باع مصوغاً من الذهب بجنسه مثل وزنه على أن وزنه مائة بمائة ثم وجده أزيد مما سمى، فإن علم بالزيادة قبل التفرق فله الخيار إن شاء زاد في الثمن قدر وزن الزيادة وأخذ الكل وإن شاء ترك، لأن المجلس له حكم حالة العقد.

وإن علم بها بعد التفرق بطل البيع في الزيادة، لأن التقابض شرط بقاء الصرف على الصحة ولم يوجد في قدر الزيادة، وإن وجد أقل مما سمى فله الخيار إن شاء رضي بحصته من الثمن واسترد فضل الثمن، وإن شاء رد الكل واسترد جميع الثمن سواء سمى الجملة أو سمّى لكلّ وزنِ درهمٍ درهماً، لأن عند اتحاد الوزن والجنس لا يجوز البيع إلا سواءً بسواءٍ فصار كأنه سمى ذلك وإن لم يسم حقيقة إلا الجملة.

وأما العدديات المتفاوتة كالغنم والعبيد ونحوها بأن قال بعت منك هذا القطيع من الغنم على أنها مائة شاة بكذا، فإن وجده على ما سمى فالبيع جائز، وإن وجده أزيد فالبيع فاسد في الكل سواء ذكر للكل ثمناً واحداً بأن قال: بعت منك هذا القطيع على أنها مائة شاة بألف درهم أو ذكر لكل شاة فيها ثمناً على حدة بأن قال كل شاة بعشرة دراهم، لأن كل شاة أصل في كونها معقوداً عليها والزيادة لم تدخل تحت العقد، لأنه لا يقابلها ثمن فلم تكن مبيعة/ [ب/٣٣/م] وهي مجهولة فكان الباقي مجهولاً ضرورة جهالة الزيادة فيصير بائعاً مائة شاة من مائة شاة وواحدة فكان المبيع مجهولاً وجهالة المبيع تمنع صحة البيع سمى له ثمناً أو لم يسم، وإن وجده أقل مما سمى، فإن كان لم يسمى لكل واحدة منها ثمناً فالبيع فاسد، لأن الثمن مجهول، لأنه يحتاج إلى طرح ثمن شاة واحدة من جملة الثمن المسمى وهو مجهول التفاوت فاحش بين شاة وشاة فصار ثمن الباقي مجهولاً ضرورة جهالة حصة الشاة الناقصة.

وإن سمى لكل واحدة منها ثمناً على حدةٍ فالبيع جائز بحصة الباقي منها، لأن حصته الزائدة معلومة وحصة الباقي معلوم فالفساد من أين من أصحابنا من قال هذا مذهبهما، فأما عند أبي حنيفة عليه الرحمة فالبيع فاسد في الكل بناء على أن المذهب عنده أن الصفقة إذا أضيفت إلى ما يحتمل العقد وإلى ما لا يحتمله فالفساد يشيع في الكل، وأكثر أصحابنا على أن هذا بلا خلاف، وهكذا ذكر في **«الأصل»** ولم يذكر الخلاف وهو الصحيح، لأن العقد المضاف إلى موجود يجوز أن يفسد لمعنى يوجب الفساد ثم يتعدى الفساد إلى غيره.

وأما المعدوم فلا يحتمل العقد أصلاً، لأنه ليس بشيء فلا يوصف العقد المضاف إليه بالفساد ليتعدى إلى غيره بل لم تصح الإضافة إليه فيبقى مضافاً إلى الموجود فيصح لكن للمشتري الخيار إن شاء أخذ الباقي بما سمى من الثمن، وإن شاء ترك لتفرق الصفقة عليه.

وعلى هذا جميع العدديات المتفاوتة، ولو قال بعت منك هذا القطيع من الغنم على أنها مائة كل شاتين منها بعشرين درهماً فالبيع فاسد، وإن وجده على ما سمى، لأن ثمن كل واحدة من الشاتين مجهول لأنه لا يعرف حصة كل شاة منها من الثمن إلا بعد ضم شاة أخرى إليها ولا يعلم أية شاة يضم إليها ليعلم حصتها لأنه إن ضم إليها أردأ منها كانت حصتها أكثر وإن ضم إليها أجود منها كانت حصتها أقل لذلك فسد البيع والله سبحانه وتعالى أعلم.

وعلى هذا يخرج قول أبي حنيفة رحمه الله فيمن باع عشرة أذرع من مائة ذراع من هذه الدار أو من هذا الحمام أو من هذه الأرض أن البيع فاسد، وقال أبو يوسف/ ومحمد: جائز. [أ/٣٤/م]

ولو باع عشرةَ أسهم من مائة سهم جاز بالإجماع، والكلام فيه يرجع إلى معرفة معنى الذراع فقالا: إنه اسم في العرف للسهم الشائع، ولو باع عشرة أسهم من مائة سهم من هذه الأشياء جاز فكذا هذا.

وأبو حنيفة رحمه الله يقول الذراع في الحقيقة اسم لما يذرع به وإنما سمي المذروع ذراعاً مجازاً إطلاقاً لاسم الفعل على المفعول فكان بيع عشرة أذرع من دار معناه بيع قدر عشرة أذرع مما يحله الذراع الحقيقي، لأنه لا يحل إلا محلاً معيناً فكان المبيع قدر عشرة أذرع معين من الدار وهو الذي يحله الذراع الحقيقي وذلك مجهول في نفسه قبل الحلول فكان المبيع مجهولاً جهالة مفضية إلى المنازعة فيوجب فساد البيع بخلاف السهم، لأنه اسم للشائع وهو جزء معلوم من الثلث والربع والعشر ونحو ذلك فبيع عشرة أسهم من مائة سهم من الدار هو بيع عشرة أجزاء من مائة جزء منها وهو عشرها فقد باع جزأ معلوماً منها فيجوز بخلاف الذراع، فإن قدر عشرة أذرع لا يصير معلوماً إلا بالحلول على ما مر فقبله يكون مجهولاً فكان المبيع مجهولاً فلم يصح فوضح الفرق بينهما لأبي حنيفة.

وعلى هذا يخرج ضربةُ الغائص وهو أن يقول الغائص للتاجر: أغوص لك غوصة فما أخرجتُه فهو لك بكذا وهو فاسد لأن المبيع مجهـول.

وروي أن رسولَ اللّهِ ﷺ «**نهى عَنْ ضَربَةِ الغَائِصِ**»[1] وعلى هذا يخرج أجناس هذه المسائل وبيع رقبة الطريق وهبته منفرداً جائز، وبيع مسيل الماء وهبته منفرداً فاسد. ووجه الفرق أن الطريق معلوم الطول والعرض فكان المبيع معلوماً فجاز بيعه بخلاف المسيل فإنه مجهول القدر، لأن القدر الذي يشغل الماء من النهر غير معلوم فكان المبيع مجهولاً فلم يجز.

وأما العلم بأوصاف المبيع والثمن فهل هو شرط لصحة البيع بعد العلم بالذات والجهل بها هل هو مانع من الصحة.

قال أصحابنا: ليس بشرط الصحة/ والجهل بها ليس بمانع من الصحة لكنه شرط اللزوم فيصحّ بيع ما [ب/٣٤/م] لم يره المشتري لكنه لا يلزم وعند الشافعي[2] رحمه الله كون المبيع معلوم الذات والصفة من شرائط الصحة حتى لا يجوز بيع ما لم يره المشتري عنده.

وجه قوله: أن جهالة الذات إنما منعت صحةَ العقد لإفضائها إلى المنازعة، لأن الأعيان تختلف رغباتُ الناس فيها لاختلاف ماليتها فالبائع إذا سلّم عيناً، فمن الجائز أن يطلب المشتري عيناً أخرى أجود منها باسم الأولى فيتنازعان وجهالةُ الوصف مفضية إلى المنازعة أيضاً لأن الغائب عن المجلس إذا أحضره البائع، فمن الجائز أن يقول المشتري هذا ليس عين المبيع بل مثله من جنسه فيقعان في المنازعة بسبب عدم الرؤية، ولأن

(١) بعض حديث أخرجه أحمد وابن ماجه انظر «إعلاء السنن»: (١٤/١١٧).
(٢) «المنهاج» (ص: ٤٦).

عدم الرؤية يوجب تمكن الغرر في البيع، «ونهى رسول الله ﷺ عن بيع فيه غرر» وبيان تمكن الغرر أن الغرر هو الخطر وفي هذا البيع خطر من وجوه.

أحدهما: في أصل المعقود عليه.

والثاني: في وصفه، لأن دليل الوجود إذا كان غائباً هو الخبر وخبر الواحد يحتمل الصدق والكذب فيتردّد المعقود عليه بأصله ووصفه بين الوجود والعدم.

والثالث: في وجود التسليم وقت وجوبه لأن وقت الوجوب وقت نقد الثمن وقد يتفق النقد وقد لا يتفق والغرر من وجه واحد يكفي لفساد العقد، فكيف من وجوه ثلاثة.

وروي عن النبي عليه السلام أنه قال: «لاَ تَبِعْ مَا لَيْسَ عِنْدَكَ»[1] وعند كلمة حضرة والغيبة تنافيها والخلاف في البيع والشراء خلاف واحد.

ولنا عمومات البيع من غير فصل ونص خاصّ، وهو ما روي عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال: «منَ اشْتَرى شيئاً لم يَرَه فهُوَ بالخيار إذا رآه»[2] ولا خيار شرعاً إلا في بيع مشروع ولأن ركن البيع صدر من أهله مضافاً إلى محل هو خالص ملكه فيصح كشراء المرئي، وهذا لأن وجود التصرف حقيقة بوجود ركنه ووجوده شرعاً لصدوره من أهله وحلوله في محله.

وقوله: جهالة الوصف تفضي إلى المنازعة ممنوع لأنه صدقه في خبره حيث اشتراه، فالظاهر أنه لا يكذبه ودعوى الغرر ممنوعة، فإن الغرر/ [٣٥/أ م] هو الخطر الذي استوى فيه طرف الوجود والعدم بمنزلة الشكّ، وههنا ترجح جانب الوجود على جانب العدم بالخبر الراجح صدقه على كذبه فلم يكن فيه غرر على أنا إن سلمنا أن الغرر اسمٌ لمطلق الخطر لكن لم قلتم إن كل غرر يُفسد العقد.

وأما الحديث فيحتمل أن يكون الغرر هو الخطر، ويحتمل أن يكون من الغرور فلا يكون حجةً مع الاحتمال أو تحمله على الغرر في صلب العقد بالتعليق بشرط أو بالإضافة إلى وقت عملاً بالدلائل كلها.

وأما الحديث الثاني فيحتمل أن يكون المراد منه بيع ما ليس بمملوك له عن نفسه لا بطريق النيابة عن مالكه أو بيع شيء مباح على أن يستولي عليه فيملكه فيسلمه، وهذا يوافق ما روي عن رسول الله ﷺ أنه قال: «بَيعُ السمكِ في الماءَ غَرَرٌ»[3].

وعلى هذا الخلاف إذا باع شيئاً لم يره البائع أنه يجوز عندنا وعنده لا يجوز وإذا جاز عندنا فهل يثبت الخيار للبائع فعن أبي حنيفة روايتان: نذكر ذلك في موضعه إن شاء الله تعالى.

وعلى هذا الخلاف شراء الأعمى وبيعه جائز عندنا، وقال الشافعي[4]: إذا ولد أعمى لا يجوز بيعه

---

(١) تقدم.

(٢) تقدم.

(٣) أخرجه البيهقي في «السنن الكبرى» (٥/ ٣٤٠) بلفظ: «لا تشتروا السمك في الماء فإنه غرر» وقال: هكذا روي مرفوعاً وفيه إرسال بن المسيب وابن مسعود والصحيح ما رواه هشيم عن يزيد موقوفاً على عبد الله.

(٤) انظر «المجموع» مع تكملة المطيعي (٩/ ٣٦٨).

وشراؤه، وإن كان بصيراً فرأى الشيء ثم عمي فاشتراه جاز وما قاله مخالف للحديث والإجماع.

أما الأول فإنه روي عن سيدنا عمر رضي الله عنه أن النبي عليه السلام حين قال لحبان بن منقذ: «**إذا بايعت فقل: لا خلابة ولي الخيار ثلاثة أيام**»(١) وكان حبان ضريراً.

وأما الإجماع فإن العميان في كل زمان من لدن رسول الله ﷺ لم يمنعوا من بياعاتهم وأشريتهم بل بايعوا في سائر الأعصار من غير إنكار وإذا جاز شراؤه وبيعه فله الخيار فيما اشترى ولا خيار له فيما باع في أصح الروايتين كالبصير ثم بماذا يسقط خياره نذكره في موضعه.

وعلى هذا الخلاف إذا اشترى شيئاً مغيباً في الأرض كالجزر والبصل والفجل ونحوها أنه يجوز عندنا، وعنده لا يجوز ويثبت له الخيار إذا قلعه، وعنده لا يجوز أصلاً.

وأما بيان ما يحصل به العلم بالمبيع والثمن فنقول العلم بالمبيع لا يحصل إلا بالإشارة إليه، لأن التعيين لا يحصل إلا بها إلا إذا كان/ ديناً كالمُسلم فيه فيحصل العلم به بالتسمية والعلم بالثمن لا يحصل إلا [ب/٣٥/م] بالتسمية، والإشارة إليه عندنا مجاز عن تسمية جنس المشار إليه ونوعه وصفته وقدره على ما يعرف في موضعه إن شاء الله تعالى، غير أن المبيع إن كان أصلاً لا بد من الإشارة إليه بطريق الأصالة ليصير معلوماً، وإن كان تبعاً يصير معلوماً بالإشارة إلى الأصل، لأن التبع كما لا يفرد بعلةٍ على حدة لا يفرد بشرطٍ على حدة إذ لو أفرد لانقلب أصلاً وهذا قلبُ الحقيقة.

وبيان ذلك في مسائل: إذا باع جاريةً حاملاً من غير مولاها أو بهيمةً حاملاً دخل الحمل في البيع تبعاً للأم كسائر أطرافها وإن لم يسمه ولا أشار إليه، ولو باع عقاراً دخل ما فيها من البناء والشجر بنفس البيع، ولا يدخل الزرع والثمر إلا بقرينةٍ.

وجملة الكلام في بيع العقار: أن المبيع لا يخلو من أن يكون أرضاً أو كرماً أو داراً أو منزلاً أو بيتاً، وكل ذلك لا يخلو أما إن لم يذكر في بيعه الحقوق ولا المرافق ولا ذكر كل قليل وكثير منها، وأما إن ذكر شيئاً من ذلك، فإن كان المبيع أرضاً ولم يذكر شيئاً من القرائن دخل ما فيها من الأبنية والأشجار ولم يدخل الزرع والثمار عند عامة العلماء.

وقال مالك رحمه الله: ثمار سائر الأشجار كذلك، وكذلك ثمر النخل إذا أُبِّر، فأما إذا لم يؤبّر يدخل.

واحتج بما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «**مَنْ بَاعَ نخلاً قَدْ أُبِّرتْ فثمرتُها للبائع إلا أَنْ يشترطها المُبْتَاع**»(٢) قيّد عليه الصلاة والسّلام ملك البائع في الثمرة بوصف التأبير ولو لم يكن يختلف الحكم لم يكن للتقييد فائدة.

---

(١) أخرجه أحمد في «المسند» (٢/ ٦١، ٧٢، ٨٠) والبخاري في «الصحيح» كتاب البيوع باب ما يكره من الخداع في البيع (٢١١٧) وكتاب الحيل باب ما ينهى من الخداع في البيوع (٤٩٦٤) ومسلم في «الصحيح» كتاب البيوع باب من ينخدع في البيع (١٥٣٣) وأبو داود في «السنن» كتاب البيوع باب في الرجل يقول عند البيع لا خلابة (٣٥٠٠) والنسائي في «السنن» كتاب البيوع باب الخديعة في البيع (٧/ ٢٥٢).

(٢) تقدم.

ولنا: ما روي عن محمد رحمه الله في كتاب «الشفعة» عن رسول الله ﷺ أنه قال: «من اشترى أرضاً فيها نخلٌ فالثَّمرةُ للبائع إلاّ أن يشترطَها المبتاعُ»[1] جعل عليه الصلاة والسلام الثمرة للبائع مطلقاً عن وصف وشرط فدل أن الحكم لا يختلف بالتأبير وعدمه، ولأن النخل اسم لذات الشجرة فلا يدخل ما عداه إلا بقرينة [٣٦/أ م] زائدة، ولهذا لم يدخل ثمار سائر الأشجار ولا حجة له فيما روي لأن تقييد الحكم بوصف لا يدل/ على أن الحكم في غير الموصوف بخلافه بل يكون الحكم فيه مسكوتاً موقوفاً على قيام الدليل وقد قام وهو ما روينا ولا يحمل المطلق على المقيد عندنا لما فيه من ضرب النصوص بعضها في بعض وهذا لا يجوز لما عرف في أصول الفقه.

وكذلك إن كان كرماً يدخل في بيعه ما فيه من الزراعة والعرايش والحوائط من غير ذكر قرينة ولا تدخل الفواكه والبقول، والأصل أن كل ما ركب في الأرض يدخل وما لم يركب فيها أو ركب لا للبقاء بل لوقت معلوم لا يدخل، وكذا يدخل الطريق إلى الطريق الأعظم والطريق إلى سكة غير نافذة من غير ذكر قرينة، وإن ذكر شيئاً من القرائن:

فإن ذكر الحقوق أو المرافق دخل فيها الشرب ومسيل الماء والطريق الخاص الذي يكون في ملك إنسان وهو حق المرور في ملكه ولا يدخل الزرع والثمر لأنها أعيان قائمة بنفسها فلا يتناولها اسم الحقوق والمرافق بخلاف الشرب والمسيل والتطرق فإنها عبارة عن حق الشرب والسقي والتسييل والمرور فيتناولها الاسم.

وإن ذكر القليل والكثير بأن قال بعتها منك بكل قليل وكثير هو فيها ومنها فهل يدخل الزرع والثمر ينظر إن قال في آخره من حقوقها فلا يدخلان، لأن قوله من حقوقها خرج تفسيراً لأول الكلام فكأنه نص على البيع بحقوقها، وإن لم يقل في آخره من حقوقها دخل فيه الزرع والثمر وكل ما كان متصلاً به لأن اسم القليل والكثير فيه ومنه يتناول ذلك.

وأما المنفصل عنها كالثمار المجذوذة والزرع المحصود والحطب واللبن والقصب الموضوع فلا يدخل في البيع إلا بالتسمية. فرق بين البيع والإجارة أن الشرب والمسيل والطريق الخاص في ملك إنسان يدخل في الإجارة من غير ذكر الحقوق والمرافق وفي البيع لا يدخل بدونه.

والقياس: أن لا يدخل في البابين جميعاً إلا بالتسمية إلا أنهم استحسنوا في الإجارة لأنها تعقد [٣٦/ب م] للانتفاع/ بالمستأجر ولا يمكن الانتفاع به بدون الحقوق فصارت الحقوق مذكورة بذكر المستأجر بدلالة، بخلاف البيع فإنه يعقد للملك والانتفاع ليس من ضرورات الملك فإنه يثبت الملك فيما لا ينتفع به.

وكذا فرق بين البيع والرهن فإن من رهن عند رجل أرضاً فيها زرع وأشجار عليها ثمار وسلمها إليه أنه يدخل في الرهن كل ما كان متصلاً بها من غير تسمية الحقوق والقليل والكثير.

ووجه الفرق: أن تمييز الرهن من غيره شرط صحة الرهن على ما نذكر في كتابه فمتى أقدما على عقد

---

(١) تقدم.

الرهن فقد قصدا صحته ولا صحةَ له إلا بدخول ما كان متصلاً بالمرهون فدخل فيه تصحيحاً للتصرف إذ لا صحة له بدونه بخلاف البيع فإن تمييز المبيع من غيره ليس بشرط لصحة البيع فلا ضرورة في الدخول بغير التسمية فلا يدخل بدونها.

هذا إذا كان المبيع أرضاً أو كرماً، فإن كان داراً يدخل في بيعها جميع ما ما كان من بيت ومنزل وعلو وسفل وجميع ما تجمعه الحدود الأربعة من غير ذكر قرينة وتدخل أغاليق الدار ومفاتيح أغاليقها.

أما الأغاليق فلأنها ركبت للبقاء لا لوقت معلوم فتدخل كالميزاب.

وأما المفاتيح فلأن مفتاح الغلق من الغلق، ألا ترى أنه لو اشترى الغلق دخل المفتاح فيه من غير تسمية فيدخل في البيع بدخول الغلق ويدخل طريقها إلى طريق العامة وطريقها إلى سكة غير نافذة كما يدخل في الأرض والكرم ويدخل الكنيف والشارع والجناح كل ذلك يدخل من غير قرينة وهل تدخل الظلة ينظر إن لم يكن مفتحها إلى الدار لا تدخل بالاتفاق وإن كان مفتحها إلى الدار لا تدخل أيضاً عند أبـي حنيفة رحمه الله وعند أبـي يوسف ومحمد رحمهما الله تدخل.

وجه قولهما: أن الظلة إذا كانت مفتحها إلى الدار كانت من أجزاء الدار فتدخل ببيع الدار كالجناح والكنيف.

ولأبـي حنيفة: أن ظلة الدار خارجة عن حدودها فإنها اسم لما يظل عند باب الدار خارجاً منها فلا تدخل تحت بيع الدار كالطريق الخارج وبهذا/ لو حلف لا يدخل هذه الدار فدخل ظلتها لا يحنث. [أ/٣٧/م]

وأما ما كان لها من بستان فينظر إن كان داخل حد الدار يدخل، وإن كان يلي الدار لا يدخل من غير تسمية، وقال بعضهم: إن كانت الدار صغيرة يدخل، وإن كانت كبيرة لا يدخل، لأنها إذا كانت صغيرة يمكن أن يجعل تبعاً للدار، وإذا كانت كبيرة لا يمكن، وقال بعضهم: يحكم الثمن، فإن صلح لهما يدخل وإلا فلا يدخل.

وأما مسيل الماء والطريق الخاص في ملك إنسان وحق إلقاء الثلج، فإن ذكر الحقوق والمرافق يدخل، وكذا إن ذكر كل قليل وكثير هو فيها ومنها سواء ذكر في آخره من حقوقها أو لم يذكر وتدخل الظلة أيضاً بلا خلاف إذا كان مفتحها إلى الدار، وإذا كان المبيع بيتاً فيدخل في بيعه حوائطه وسقفه وبابه والطريق إلى الطريق العامة، والطريق إلى سكة غير نافذة من غير ذكر قرينة، وأما الطريق الخاص في ملك إنسان فلا يدخل إلا بذكر أحد القرائن الثلاث ولا يدخل بيت العلو إن كان على علوه بيت، وإن ذكر القرائن، لأن العلو بيت مثله فكان أصلاً بنفسه فلا يكون تبعاً له، وإن لم يكن على علوه بيت كان له أن يبني على علوه.

وإن كان البيت في داره فباعه من رجل لا يدخل في البيع طريقه في الدار إلا بذكر الحقوق، ثم إن كان البيت يلي الطريق الأعظم يفتح له باباً إليه وإن كان لا يلي الطريق الأعظم لا يبطل البيع وله أن يستأجر الطريق إليه أو يستعير من صاحب الدار فرق بين هذا وبين القسمة إذا أصاب أحد الشريكين في الدار بيت أو منزل أو ناحية منها بغير طريق أنه ينظر إن أمكنه فتح الباب إلى الطريق ليس له أن يتطرق في نصيب شريكه سواء ذكروا في القسمة الحقوق/ والمرافق أو لا. [ب/٣٧/م]

وكذا إذا كان مسيل مائه في نصيب شريكه قبل القسمة انقطع ذلك الحق إن أمكنه تسييل في نصيب نفسه ليس له أن يسيل في نصيب شريكه وإن لم يمكنه تسييل الماء ولا فتح الباب في نصيب نفسه ويمكنه ذلك في نصيب شريكه فإنه ينظر إن ذكروا في القسمة الحقوق أو المرافق فالطريق والمسيل يدخلان في القسمة ولا تبطل القسمة وإن لم يذكروا ذلك فلا يدخلان وتبطل القسمة ووجه الفرق أن القسمة لتتميم المنفعة وتكميلها فإذا أدت إلى تفويتها بطلت والبيع للملك لا للانتفاع بالمملوك على ما ذكرنا، ويجوز بيع بيت العلو دون السفل إذا كان على العلو بناءٌ، وإن لم يكن عليه بناءٌ لا يجوز، لأنه بيع الهواء على الانفراد وأنه لا يجوز، ثم إذا باع العلو وعليه بناء حتى جاز البيع فطريقه في الدار لا يدخل الطريق إلا بذكر الحقوق.

ويجوز بيع السفل سواءٌ كان مبنياً أو غير مبني لأنه بيع الساحة وذلك جائز وإن لم يكن عليه بناء، وإن كان المبيع منزلاً يدخل في بيعه بيت السفل ولا يدخل بيت العلو ولا الطريق الخاص إلا بذكر الحقوق أو المرافق أو بذكر القليل والكثير، لأن المنزل أعم من البيت وأخص من الدار فكان بين الدار والبيت فيعطى له حكم بين حكمين فلم يدخل العلوّ في بيع المنزل من غير قرينة اعتباراً للخصوص ويدخل فيه بقرينة اعتباراً للعموم عملاً بالجهتين بقدر الإمكان، والله سبحانه وتعالى أعلم.

ثم إذا لم تدخل الثمرة بنفس البيع يجبر البائع على قطعها من الشجرة وليس له أن يتركها على الشجرة إلى وقت الإدراك، وكذا الزرع عندنا.

وعند الشافعي[1]: لا يجبر، وله أن يترك الثمرة على الشجرة إلى وقت الإدراك ويترك الزرع إلى أن يستحصد.

وجه قوله: إن الجبر على القطع والقلع لوجوب التسليم ووقت وجوب التسليم هو وقت الإدراك لأنه لا يقطع ولا يقلع إلا بعد الإدراك عادةً فلا يجب عليه التسليم قبله كما إذا انقضت مدة الإجارة والزرع لم يستحصد أنه لا يجبر على القلع بل يترك إلى أن يستحصد.

ولنا: أن البيع يوجب تسليم المبيع عقيبه بلا فصل لأنه عقد معاوضة تمليك بتمليك وتسليم بتسليم فالقول بتأخير التسليم يغير مقتضى العقد، وقوله العادة أن الثمرة تترك على الشجرة إلى وقت الإدراك، قلنا العادة، هذا قبل البيع، أما بعده فممنوع بل تقطع بعده ولا تترك، لأن ملك المشتري مشغول بملك/ البائع [٣٨/أ م] فلا بد من إزالة الشغل وذلك بقطع الثمرة هكذا نقول في مسألة الإجارة أنه يجب تسليم الأرض عند انتهاء المدة وإنما تترك بإجارة جديدة بأجرة أخرى وهذا حجة عليه لأنه لو ترك بالعقد الأول لما وجبت أجرة أخرى وسواء أُبّر أو لم يؤبّر بأن كان المبيع نخلاً بعد أن ظهرت الثمرة من الشجرة وبانت منها ليس له أن يتركها على شجرة المشتري إلا برضاه لما قلنا.

ولو تركها على الشجرة إلى أن أدركت، فإن كان الترك بإذن المشتري طاب له الفضل، وإن كان بغير

(١) انظر «مختصر المزني» و «مختصر اختلاف العلماء» ٣/ ١١٧ و ١١٩ و «الأصل» (٥/ ٩٥) و «المنتقى» (٤/ ٢١٩).

إذن المشتري ينظر إن كان قد تناهى عظمها يطيب له الفضل أيضاً لأنها لا تزداد بعد ذلك بل تنتقص، وإن كان صغاراً لم يتناه عظمها لا يطيب له الفضل لأنه تولد من أصل مملوك لغيره.

ولو استأجر البائع الشجرة ليترك الثمر عليها إلى وقت الجذاذ لم تجز هذه الإجارة لأن جواز الإجارة مع أن القياس يأباها لكونها بيع المعدوم لتعامل الناس والناس ما تعاملوا هذا النوع من الإجارة كما لم يتعاملوا استئجار الأشجار لتجفيف الثياب وتجفيف اللحم لكن لو فعل يطيب له الفضل لأنه ترك بإذن المشتري، وهذا بخلاف الإجارة إذا انقضت مدتها والزرع بقل لم يستحصد بعد أن يترك فيه إلى وقت الحصاد بالأجرة، لأن الترك بالأجرة هناك مما جرى به التعامل فكان جائزاً.

هذا إذا لم يسمِّ الثمرة في بيع الشجر، فأما إذا سمى دخل الثمر مع الشجر في البيع وصار للثمرة حصة من الثمن وينقسم الثمن عليها يوم العقد لأنه لما سماهما فقد صارت مبيعاً مقصوداً لورود فعل البيع عليه حتى لو هلك الثمن قبل القبض بآفة سماوية أو بفعل البائع تسقط حصته من الثمن عن المشتري كما لو هلك الشجر قبل القبض والمشتري بالخيار إن شاء أخذ الشجر بحصته من الثمن، وإن شاء ترك لأن الصفقة تفرقت عليه، ولو جذه البائع والمجذوذ قائم بعينه ينظر إن جذه في حينه ولم ينقصه الجذاذ فلا خيار للمشتري ويقبضهما بجميع الثمن، ولو قبضهما بعد جذاذ البائع ثم وجد بأحدهما عيباً له أن يرد المعيب خاصة لأنه قبضهما وهما متفرقان وقت القبض فصارا كأنهما كانا متفرقين وقت العقد، بخلاف ما إذا جذه المشتري بعد القبض، ثم وجد بأحدهما عيباً أنه ليس له أن يرد المعيب خاصة بل يردهما جميعاً أو يمسكهما لأنهما كانا مجتمعين عند البيع، وعند القبض جميعاً فإفراد أحدهما بالردّ يكون تفريق الصفقة بعد وقوعها مجتمعة وهذا لا يجوز.

هذا إذا لم ينقصه الجذاذ بأن جذه البائع في حينه وأوانه، فأما إذا نقصه بأن جذه في غير حينه تسقط عن المشتري حصة النقصان لأنه لما نقصه الجذاذ فقد أتلف بعض المبيع قبل القبض فتسقط عن المشتري حصته من الثمن وله الخيار في الباقي لتفرق الصفقة عليه، وإذا قبضهما المشتري بعد جذاذ البائع ثم وجد بأحدهما عيباً/ له أن يرد المعيب خاصة، لأنه قبضهما وهما متفرقان فصارا كأنهما كانا متفرقين عند العقد. [ب/٣٨م]

وعلى هذا يخرج ما إذا اشترى شجرة أنه هل يدخل في شرائها أصلها وعرقها وأرضها فجملة الكلام فيه أن هذا لا يخلو من ثلاثة أوجه: أما إن اشتراها بغير أرضها للقلع، وأما إن اشتراها بقرارها من الأرض للترك لا للقلع.

وأما إن اشتراها ولم يذكر شيئاً فإن اشتراها بغير أرضها للقلع دخل فيها أصلها ويجبر المشتري على القلع وله أن يقلعها بأصلها لكن قلعاً معتاداً متعارفاً وليس له أن يحفر الأرض إلى ما يتناهى إليه العروق، لأن المعروف بالعرف كالمشروط بالشرط إلا إذا شرط البائع القطع على وجه الأرض فلا يدخل فيه أصلها أو لم يشترط لكن في القطع من أصلها ضرر بالبائع بأن كان بقرب حائطه أو على حافة نهره فيخاف الخلل على الحائط أو الشق في النهر فقطعها على وجه الأرض دون أصلها لأن الضرر لا يستحق بالعقد، فإن قلع أو قطع ثم نبت من أصلها أو عروقها شجرة أخرى فهي للبائع لا للمشتري لأنه رضي أن/ يكون المبيع القدر المقطوع [أ/٣٩م]

فيكون الباقي للبائع إلا إذا قطع من أعلى الشجرة فالنابت يكون للمشتري لأنه نماء ملكه، وإن اشتراها بقرارها من الأرض للترك لا للقلع فيدخل فيها أرضها ولا يجبر على القلع، لأنه ملك الشجرة مع موضعها فلم يكن ملك البائع مشغولاً به فلا يملك إجباره على القلع وله أن يغرس مكانها أخرى لأنه يغرس في ملك نفسه.

وأما إذا اشتراها من غير شرط القلع ولا الترك لم يذكر هذا في ظاهر الرواية، وذكر في غير رواية الأصول اختلافاً بين أبي يوسف ومحمد رحمهما الله فقال على قول أبي يوسف لا تدخل الأرض في البيع، وعلى قول محمد تدخل.

وجه قول محمد: أن المسمى في البيع هو الشجرة وهي اسم للقائم على أرضها بعروقها، فأما بعد القلع فهي خشب لا شجر فلا بد وأن تدخل الأرض فيه، ولهذا دخلت في الإقرار بالإجماع بأن أقر لرجل بشجر في أرضه حتى كانت الشجرة مع أرضها للمقر له كذا هذا.

ولأبي يوسف: أن الأرض أصل والشجرة تابعة لها، ألا ترى أنها تدخل في بيع الأرض من غير شرط تبعاً للأرض فلو دخلت في بيع الشجرة لاستتبع التبع الأصل وهذا قلب الحقيقة وإنما دخلت في الإقرار بالشجرة لأن الإقرار إخبار عن كائن فلا بد من كون سابق على الإقرار وهو قيامها في الأرض التي هي قرارها وذلك دليل كون الأرض للمقر له بسبب سابق فكان الإقرار بكون الشجرة له إقراراً بكون الأرض له أيضاً، ومثل هذه الدلالة لم توجد في البيع فلا يدخل والله سبحانه وتعالى أعلم.

ولو اشترى صدفة فوجد فيها لؤلؤة فهي للمشتري لأنها تتولد من الصدفة بمنزلة البيضة تتولد من الدجاجة فكانت بمنزلة أجزائها فتدخل في بيعها كما تدخل البيضة في بيع الدجاجة.

وكذلك إذا اشترى سمكة فوجد فيها لؤلؤة، لأن السمك يأكل الصدفة فصار كما لو اشترى سمكة فوجد فيها سمكة أخرى أن الثانية تكون له، [ب/٣٩/م] / ولو اشترى دجاجة فوجد فيها لؤلؤة فهي للبائع، لأن اللؤلؤ لا يتولد من الدجاج ولا هو من علفها فلا يدخل في بيعها.

وروي عن أبي يوسف رحمه الله أن كل شيء يوجد في حوصلة الطير إن كان مما يأكله الطير فهو للمشتري، لأنه يكون بمنزلة العلف له؛ وإن كان مما لا يأكله الطير فهو للبائع.

وعلى هذا يخرج ما إذا باع رقيقاً وله مال أن ماله لا يدخل في البيع ويكون للبائع إلا أن يشترطه المبتاع، لما روي عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال: «**مَنْ باعَ عَبداً ولَهُ مَالٌ فمَالُهُ للبائع إلاّ أنْ يشترِطَ المُبْتَاع**»[1] وهذا نص في الباب، ولأن العبد وما في يده لمولاه لأنه مملوك لا يقدر على شيء والمولى ما باع ما في يد العبد، لأن الداخل تحت البيع هو العبد فلا يدخل في بيعه ما ليس منه، والقياس أن لا تدخل ثياب بدنه كما لا يدخل اللجام والسرج والعذار في بيع الدابة لما قلنا لكنهم استحسنوا في ثياب البذلة والمهنة وهي التي يلبسها في اليوم والليلة لتعامل الناس وتعارفهم.

---

(١) تقدم.

وأما الثياب النفيسة التي لا يلبسها إلا وقتَ العرض للبيع فلا تدخل في البيع لانعدام التعارف في ذلك فبقي على أصل القياس، وهذا مما يختلف باختلاف عرف الناس وعاداتهم في كل بلد فبني الأمر فيه على ذلك، وكذا لو أعتق عبده على مالٍ فماله لمولاه لما قلنا.

وكذا لو أعتق مدبره أو أم ولده لأنه مرقوق مملوك فلا يكون له مال، ولو كاتب عبده فما كان له من المال وقت الكتابة يكون لمولاه لأنه كسب القِنّ وما اكتسب بعد الكتابة يكون له لأنه كسب المكاتب ولأنه حر يداً فكان كسبه له والله سبحانه وتعالى أعلم.

ومنها: أن يكون مقدور التسليم من غير ضرر يلحق البائع، فإن لم يمكن تسليمه إلا بضرر يلزمه فالبيع فاسد، لأن الضرر لا يستحق بالعقد ولا يلزم بالتزام العاقد إلا ضرر تسليم المعقود عليه، فأما ما وراءَه فلا.

وعلى هذا يخرج ما إذا باع جذعاً له في سقف أو آجُرّاً له في حائط أو ذراعاً في ديباج أو كرباس أنه لا يجوز لأنه لا يمكنه/ تسليمه إلا بالنزع والقطع وفيه ضرر بالبائع والضرر غير مستحق بالعقد فكان هذا على [أ/٤٠/م] هذا التقدير بيع ما لا يجب تسليمه شرعاً فيكون فاسداً، فإن نزعه البائع أو قطعه وسلمه إلى المشتري قبل أن يفسخ المشتري البيع جاز البيع حتى يجبرُ المشتري على الأخذ، لأن المانع من الجواز ضررُ البائع بالتسليم. فإذا سلَّم باختياره ورضاه فقد زال المانع فجاز البيع ولزم فرق بين هذا وبين بيع الألية في الشاة الحية والنوى في التمر والزيت في الزيتون والدقيق في الحنطة والبزر في البطيخ ونحوها أنه لا ينعقد أصلاً حتى لو سلم لم يجز، وقد ذكرنا وجه الفرق فيما تقدم، والأصل المحفوظ أن ما لا يمكن تسليمه إلا بضرر يرجع إلى قطع اتصال ثابت بأصل الخلقة فبيعه باطل وما لا يمكن تسليمه إلا بضرر يرجع إلى قطع اتصال عارض فبيعه فاسد إلا أن يقطع باختياره ويسلم فيجوز.

والقياس على هذا الأصل: أن يجوز بيع الصوف على ظهر الغنم لأنه يمكن تسليمه من غير ضرر يلزمه بالجز إلا أنهم استحسنوا عدم الجواز للنص، وهو ما روي عن عبد الله بن عباس رضي الله عنهما عن رسول الله ﷺ[1]، ولأن الجزّ من أصله لا يخلو عن الإضرار بالحيوان وموضع الجز فيما فوق ذلك غير معلوم فتجري فيه المنازعة فلا يجوز.

ولو باع حلية سيف فإن كان يتخلص من غير ضرر يجوز، وإن كان لا يتخلص إلا بضرر فالبيع فاسد إلا إذا فُصل وسُلِّم، وعلى هذا بناءٌ بين رجلين والأرض لغيرهما فباع أحدُهما نصيبه من البناء لغير شريكه لم يجز، لأنه لا / يمكن تسليمه إلا بضرر وهو نقض البناء. [ب/٤٠/م]

وكذا زرع بين رجلين أو ثمار بينهما في أرض لهما حق الترك فيها إلى وقت الإدراك فباع أحدهما نصيبه قبل الإدراك لم يجز لأنه لا يمكن تسليمه إلا بضرر صاحبه، لأنه يجبر على القلع للحال وفيه ضرر به.

ولو باع بعد الإدراك جاز لانعدام الضرر، وكذا إذا كان الزرع كله لرجل ولم يدرك فباع الزرع لم يجز لأنه لا يمكن تسليمه إلا بقطع الكل وفيه ضرر، ولو كان بعد الإدراك جاز لانعدام الضرر. دار أو أرض بين

---

(١) تقدم.

رجلين مشاع غير مقسوم فباع أحدهما بيتاً منها بعينه قبل القسمة أو باع قطعةً من الأرض بعينها قبل القسمة لم يجز لا في نصيبه ولا في نصيب صاحبه، أما في نصيبه خاصة فظاهر وأما في نصيب صاحبه فلأن فيه إضراراً بصاحبه بإحداث زيادة شركة.

ولو باع جميع نصيبه من الدار والأرض جاز لأنه لم يحدث زيادة شركة وإنما قام المشتري مقام البائع، ولو باع اللؤلؤة في الصدفة ذكر الكرخي رحمه الله أنه لا يجوز لأنه لا يمكن تسليمها إلا بشق الصدفة وأنه ضرر فيما وراء المعقود فصار كبيع الجذع في السقف.

وروي عن أبي يوسف أنه يجوز لأنه لا يتضرر بشق الصدفة لأن الصدف لا ينتفع به إلا بالشق، ولو باع قفيزاً من هذه الصبرة أو عشرة دراهم من هذه النقرة جاز لأنه لا يتضرر بالفصل والتمييز.

وكذا لو باع القوائم على رؤوس الأشجار أو باع الثمار على رؤوس الأشجار بشرط القطع أو مطلقاً جاز لما قلنا.

وكذا لو باع بناءَ الدار دون العرصة أو الأشجار القائمة على الأرض دون الأرض أو الزرع أو البقول القائمة قبل الجذّ أنه يجوز لأنه يمكنه تسليم هذه الأشياء من غير ضرر والله سبحانه وتعالى أعلم.

تم بحمد الله وحسن توفيقه الجزء السادس من مطبوعة القاهرة
ويليه الجزء السابع وأوله بقية كتاب البيوع ولله الحمد والمنة
وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَٰنِ الرَّحِيمِ

وصلى الله على سيدنا محمد وعلى اله وصحبه أجمعين

بقية كتاب البيوع ـ شرائط الصحة

ومنها: الخلو عن الشروط الفاسدة وهي أنواع: منها شرط في وجوده غرر، نحو ما إذا اشترى ناقة على أنها حامل، لأن المشروط يحتمل الوجود والعدم ولا يمكن الوقوف عليه للحال، لأن عظم البطن والتحرك يحتمل أن يكون لعارض داء أو غيره، فكان في وجوده غرر فيوجب فساد البيع لما روي عن رسول الله ﷺ أنه: «نهىٰ عن بيع الغرر»[1]. والمنهي عنه فاسد، وروى الحسن بن زياد عن أبي حنيفة رضي الله عنهما، أن البيع بهذا الشرط جائز، لأن كونها حاملاً بمنزلة شرط كون العبد كاتباً، أو خياطاً، ونحو ذلك، وذا جائز فكذا هذا.

ولو اشترى جاريةً على أنها حامل إلا رواية فيه عن أصحابنا، واختلف المشايخ فيه:

قال بعضهم: لا يجوز البيع قياساً على البهائم، وإليه أشار محمد رحمه الله في البيوع فإنه قال: لو باع وتبرأ من حملها جاز البيع، وليس/ هذا كالشرط. [أ/٤١/م]

وظاهر قوله: وليس هذا كالشرط، يشير إلى أن شرط الخيار فيه مفسد، وقال بعضهم: يجوز؛ لأن الحبل في الجواري عيب بدليل أنه لو اشترى جارية فوجدها حاملاً، له أن يردها، فكان ذكر الحبل في الجواري إبراء عن هذا العيب بخلاف البهائم، لأن الحبل فيها زيادة.

ألا ترى أنه لو اشترى بهيمة فوجدها حاملاً ليس له حق الرد، فكان ذكر الحبل فيها شرطاً في وجوده غرر فيفسد البيع، وبعضهم فصل فيه تفصيلاً فقال: إن اشتراها ليتخذها ظئراً فالبيع فاسد، لأنه شرط زيادة

---

(١) أخرجه أحمد في «مسنده» (٣/ ٤٣٦).
ومسلم في «صحيحه» في البيوع، باب بطلان بيع الحصاة والبيع الذي فيه غرر برقم (١٥١٣).
وأبو داود في «سننه» في البيوع، باب بيع الغرر برقم (٣٣٧٦) والنسائي (٧/ ٢٦٢) في «سننه» في البيوع، باب بيع الحصاة.
وابن ماجة في «سننه» في التجارات، باب النهي عن بيع الحصاة وعن بيع الغرر برقم (٢١٩٤) وغيرهم عن أبي هريرة رضي الله عنه.
وأخرجه أحمد في «مسنده» (٢/ ١٤٤).
والبيهقي في «الكبرى» (٥/ ٣٣٨) والطبراني في «الأوسط» كما في «مجمع الزوائد» (٤/ ٨٠) وقال: رجاله ثقات.
وصححه ابن حبان كما في «الإحسان» برقم (٤٩٧٢) عن ابن عمر والغرر: هو ما خفي عليك علمه.

في وجودها خطر، وهي مجهولة أيضاً، فأشبه اشتراط الحبل في بيع الناقة، وإن لم يرد بالشراء ذلك جاز البيع، لأن ذكره يكون إبراء عن هذا العيب على ما بينا.

ولو اشترى ناقة وهي حامل على أنها تضع حملها إلى شهر أو شهرين، فالبيع فاسد؛ لأن في وجود هذا الشرط غرراً، وكذا لو اشترى بقرة على أنها تحلب كذا كذا رطلاً لما قلنا، ولو اشترى بقرةً على أنها حلوبة، لم يذكر هذا في ظاهر الرواية، وروى الحسن في «المجرد»[1] عن أبي حنيفة رحمه الله أنه يجوز، وهو قياس روايته في شرط الحبل.

ووجهه: أن شرط كونها حلوبة شرط زيادة صفة، فأشبه شرط الطبخ، والخبز في الجواري، وروى ابن سماعة في «نوادره»[2] عن محمد رحمهما الله، أنه لا يجوز، وهو اختيار الكرخي رحمه الله.

ووجهه: أن هذا شرط زيادة، فيجري في وجودها غرر وهو مجهول، وهو اللبن، فلا يصلح شرطاً في البيع، وكونها حلوبة إن كان صفة لها لكنها لا توصف به إلا بوجود اللبن، وفي وجوده غرر، وجهالة على ما ذكرنا، فيوجب فساد البيع، ولو اشترى بقرة على أنها لبون، ذكر الطحاوي[3]: أن هذا الشرط لا يفسد البيع، والجواب فيه كالجواب في الحلوبة، والله سبحانه وتعالى أعلم.

ولو اشترى قمرية على أنها تصوت، أو طيراً على أنه يجيء من مكان بعيد، أو كبشاً على أنه نطاح، أو ديكاً على أنه مقاتل، فالبيع فاسد عند أبي حنيفة رحمه الله وهو إحدى الروايتين عن محمد رحمه الله، لأنه شرط فيه/ غرر، والوقوف عليه غير ممكن لأنه لا يحتمل الجبر عليه، فصار كشرط الحبل، ولأن هذه صفات يتلهى بها عادة والتلهي محظور، فكان هذا شرطاً محظوراً فيوجب فساد البيع. [ب/٤١/م]

وروي عن محمد رحمه الله أنه إذا باع قمرية[4] على أنها تصوت، فإذا صوتت جاز البيع، لأنها لما صوتت علم أنها مصوتة فلم يتحقق غرر العدم، وعلى هذه الرواية قالوا في المحرم إذا قتل قمريةً مصوتةً: أنه يضمن قيمتها مصوتة.

ولو اشترى جاريةً على أنها مغنية على سبيل الرغبة فيها، فالبيع فاسد، لأن التغنية صفة محظورةٌ لكونها لهواً، فشرطها في البيع يوجب فساده، ولو اشترى جاريةً على أنها مغنية على وجه إظهار العيب جاز البيع، لأن هذا بيع بشرط البراءة عن هذا العيب، فصار كما لو باعها بشرط البراءة عن عيب آخر، فإن وجدها لا تغني لا خيار له، لأن الغناء في الجواري عيب، فصار كما لو اشترى على أنه معيب فوجده سليماً.

ولو اشترى كلباً، أو فهداً على أنه معلم، قال أبو يوسف: يجوز البيع، وهو إحدى الروايتين عن

---

(١) المجرد في فروع الحنفية لأبي القاسم إسماعيل بن حسين البيهقي اختصر فيه المبسوط والجامعين والزيادات ثم شرحه وسماه «الشامل» (٢/ ١٥٩٣) «كشف الظنون».

(٢) نوادر ابن سماعة: هي لمحمد بن سماعة في فروع الفقه الحنفي.

(٣) الطحاوي أحمد بن محمد بن سلامة بن سلمة بن عبد الملك بن سلمة بن سليم بن سليمان بن حباب الأزدي، الحجري المصري الطحاوي أبو جعفر (٢٢٩ ـ ٣٢١) هـ.

(٤) القمرية: بالضم ضرب من الحمام جمعها (قماريّ) و (قُمْر) «لسان العرب» مادة قمر.

محمد، لأن هذا شرط يمكن الوقوف عليه بأن يأخذ المصيد فيمسكه على صاحبه، وذا ليس بشرط محظور، لأن تعليم الكلب والاصطياد به مباح، فأشبه شرط الكتابة في العبد، والطبخ في الجارية.

وروي عن محمد أن البيع فاسد، لأنه شرط فيه غرر إذ لا يمكن الوقوف عليه إلا بالاصطياد، والجبر عليه غير ممكن، ولو اشترى برذوناً على أنه هملاج فالبيع جائز، لأنه شرط يمكن الوقوف عليه بالتسيير، فلم يكن في وجوده غرر ولا خطر أيضاً، وإن شئت أفردت لجنس هذه المسائل شرطاً على حدة، وخرجتها إليه فقلت، ومنها أن لا يكون المشروط محظوراً فافهم.

ومنها: شرط لا يقتضيه العقد، وفيه منفعة للبائع، أو للمشتري، أو للمبيع إن كان من بني آدم كالرقيق، وليس بملائم للعقد، ولا مما جرى به التعامل بين الناس، نحو: ما إذا باع داراً على أن يسكنها البائع شهراً ثم يسلمها إليه، أو أرضاً على أن يزرعها سنةً، أو دابةً على أن يركبها شهراً، أو ثوباً على أن يلبسه أسبوعاً، أو على أن يقرضه/ المشتري قرضاً، أو على أن يهب له هبة، أو يزوج ابنته منه، أو يبيع منه كذا [أ/٤٢/م] ونحو ذلك، أو اشترى ثوباً على أن يخيطه البائع قميصاً، أو حنطة على أن يطحنها، أو ثمرة على أن يجذها، أو رطبة قائمةً على الأرض على أن يجذها، أو شيئاً له حمل ومؤونة على أن يحمله البائع إلى منزله ونحو ذلك، فالبيع في هذا كله فاسد، لأن زيادة منفعة مشروطة في البيع تكون ربا، لأنها زيادة لا يقابلها عوض في عقد البيع، وهو تفسير الربا، والبيع الذي فيه الربا فاسد، أو فيه شبهة الربا، وإنها مفسدة للبيع كحقيقة الربا على ما نقرره إن شاء الله تعالى.

وكذا لو باع جارية على أن يدبرها المشتري، أو على أن يستولدها، فالبيع فاسد؛ لأنه شرط فيه منفعة للمبيع، وإنه مفسد، وكذا لو باعها بشرط أن يعتقها المشتري، فالبيع فاسد في ظاهر الرواية عن أصحابنا، وروى الحسن عن أبي حنيفة رضي الله عنهما أنه جائز، وبه أخذ الشافعي[1] رحمه الله.

ووجه هذه الرواية: أن شرط الإعتاق مما يلائم العقد، لأن الإعتاق إنهاء الملك، وإنهاء الملك تقرير له، فكان ملائماً، والدليل على أن الإعتاق إنهاء للملك: أن البيع ثبت مقتضى الأمر بالإعتاق في قول الرجل: أعتق عبدك عني على ألف درهم، فأعتق، حتى يقع العتق عن الآمر ولا عتق إلا بالملك، ولا ملك إلا بالتمليك، فلو كان الإعتاق إزالة الملك لما تصور وجود الإعتاق مقتضاه، لأنه ضده والشيء لا يقتضي ضده، وإذا كان إنهاء الملك كان تقريراً له، فكان ملائماً للعقد فلا يوجب فساده[2]، ولظاهر الرواية وجهان:

أحدهما: يعم الكل.

والثاني: يخص أبا حنيفة عليه الرحمة.

---

(١) انظر «المجموع» (٩/٤٠٥)، (٦/٤٠٦) و«التنبيه» صفحة (٧٤) و«المهذب» (١/٢٧٥) و«الوجيز» (١/١٣٨) و«الروضة» (٣/٤٠١) و«المنهاج» صفحة (٤٦).

(٢) ويستدل لهذا القول أيضاً بما أخرجه البخاري في «صحيحه» في الصلاة، باب ذكر البيوع والشراء على المنبر في «المسجد» (٤٥٦).

ومسلم في «صحيحه» في العتق، باب إنما الولاء لمن أعتق برقم (١٥٠٤) في قصة بريرة وفيه «اشتريها وأعتقيها فإنما الولاء لمن أعتق».

أما الأول فهو: أن شرط العتق شرط لا يلائمه العقد؛ لأن العقد يقتضي الملك، والملك يقتضي إطلاق التصرف في المملوك تحصيلاً وتركاً، وشرط الإعتاق يقتضي الاستحقاق واللزوم لا محالة، فلا يلائمه بل يضاده.

وأما الثاني، فلأن هذا الشرط يلائم العقد من وجه ولا يلائمه من وجه، وهذا يوجب الفساد على ما [ب/٤٢/م] نذكر تقريره، ثم إذا باع بهذا الشرط فأعتقه المشتري انقلب العقد جائزاً/ بالإعتاق عند أبي حنيفة استحساناً، حتى يجب على المشتري الثمن سواء أعتقه بعد القبض أو قبله. هكذا روى ابن شجاع عن أبي حنيفة رحمهما الله.

وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: لا ينقلب جائزاً حتى تلزمه قيمة الجارية وهو القياس. وهكذا روى أبو يوسف عن أبي حنيفة رحمه الله.

ووجهه ظاهر؛ لأن البيع وقع فاسداً من حين وجوده، وبالإعتاق لا ينعدم الفساد بل يتقرر لأنه إنهاء للملك، وإنه تقرير، فيوجب تقرر الفساد للفاسد، والفاسد يفيد الملك بالقيمة لا بالثمن. ولهذا لو هلك العبد في يده قبل الإعتاق تلزمه القيمة.

وكذا لو باعه من رجل، أو وهبه، فعليه قيمته كذا ههنا. ولأبي حنيفة رحمه الله ما ذكرنا: أن شرط الإعتاق يلائم العقد من وجه، ولا يلائمه من وجه، لأنه إنهاء من وجه، وإزالة من وجه، فمن حيث إنه إنهاء كان يلائمه لأنه تقرير، لكن من حيث إنه إزالة لا يلائمه. لأنه تغيير موجب العقد فيجب العمل بالشبهين فعملنا بشبه الإزالة، فقلنا بفساد العقد في الابتداء، وعملنا بشبه الإنهاء فقلنا بجوازه في الانتهاء عملاً بالشبهين بقدر الإمكان.

فإن قيل: لم لا يعمل بهما على القلب مما قلتم. قيل: لأنه لا يمكن؛ لأنا لم نجد جائزاً انقلب فاسداً في أصول الشريعة، ووجدنا فاسداً انقلب جائزاً، كما في بيع الرقم[1]، بخلاف ما إذا باع أو وهب؛ لأن ذلك ليس إنهاء الملك، وبخلاف ما إذا باع بشرط التدبير، أو الاستيلاد، فدبرها المشتري أو استولدها أن البيع لا ينقلب إلى الجواز. لأن التدبير والاستيلاد لا يوجبان إنهاء الملك بيقين، لاحتمال قضاء القاضي. بجواز بيع المدبر. وبجواز بيع أم الولد في الجملة فكان ذلك شرطاً لا يلائم العقد أصلاً فأوجب لزوم الفساد.

وكذا لو باع عبداً، أو جارية بشرط أن لا يبيعه، وأن لا يهبه، وأن لا يخرجه عن ملكه، فالبيع فاسد. لأن هذا شرط ينتفع به العبد والجارية بالصيانة عن تداول الأيدي، فيكون مفسداً للبيع.

وأما فيما سوى الرقيق إذا باع ثوباً على أن لا يبيعه المشتري، أو لا يهبه، أو دابةً على أن لا يبيعها، أو [أ/٤٣/م] يهبها، أو طعاماً على أن يأكله، ولا/ يبيعه ذكر في «المزارعة» ما يدل على جواز البيع فإنه قال: لو شرط أحد المزارعين في المزارعة على أن لا يبيع الآخر نصيبه، ولا يهبه، فالمزارعة جائزة، والشرط باطل. وهكذا

(١) بيع الرقم: قال في «المغرب ترتيب المعرب»: والتاجر (يَرْقم) الثياب أي يعلمها بأن ثمنها كذا. ومنه: «لا يجوز بيع الشئ برَقْمه».

روى الحسن في «المجرد» عن أبي حنيفة رحمه الله. وفي «الإملاء» عن أبي يوسف أن البيع بهذا الشرط فاسد.

ووجهه: أنه شرط لا يقتضيه العقد، ولا يلائمه، ولا جرىٰ به التعارف بين الناس، فيكون مفسداً كما في سائر الشرائط المفسدة، والصحيح ما ذكر في «المزارعة» لأن هذا شرط لا منفعة فيه لأحد، فلا يوجب الفساد، وهذا لأن فساد البيع في مثل هذه الشروط لتضمنها الربا، وذلك بزيادة منفعة مشروطة في العقد لا يقابلها عوض، ولم يوجد في هذا الشرط لأنه لا منفعة فيه لأحد، إلا أنه شرط فاسد في نفسه لكنه لا يؤثر في العقد، فالعقد جائز والشرط باطل.

ولو باع ثوباً على أن يحرقه المشتري، أو داراً على أن يخربها، فالبيع جائز والشرط باطل، لأن شرط المضرة لا يؤثر في البيع على ما ذكرنا، ولو باع جارية على أن لا يطأها المشتري ذكر ذلك في «الاختلاف بين أبي يوسف ومحمد» رحمهما الله اختلافاً، ولم يذكر قول أبي حنيفة عليه الرحمة، فقال البيع فاسد، والشرط باطل، عند أبي يوسف وعند محمد: البيع جائز، والشرط باطل.

ولو باع بشرط أن يطأها جاز البيع والشرط في قولهم جميعاً، وروي عن أبي حنيفة رحمه الله: أن البيع فاسد في الموضعين جميعاً.

وجه قول محمد: أن هذا شرط لا منفعة فيه لأحد فلا يؤثر في فساد البيع، كما لو باع ما سوى الرقيق، على أن لا يبيع أو لا يهب، إلا أنه نوع مضرة للمشتري، فكان باطلاً، والبيع صحيحاً.

وجه قول أبي يوسف: أن هذا شرط يخالف مقتضى العقد، لأن حل الوطء أمر يقتضيه العقد، وهذا الشرط ينفيه، بخلاف ما إذا باع بشرط أن يطأها لأن ذلك شرط يقرر مقتضى العقد، لأن إباحة الوطء مما يقتضيه العقد.

ولأبي حنيفة رحمه الله على ما روي عنه: أن شرط الوطء مما لا يقتضيه العقد أيضاً، بل ينفيه، لأن البيع يقتضي الحل لا الاستحقاق وقضية الشرط الاستحقاق، واللزوم وهما مما لا يقتضيه العقد بل ينفيه.

وأما الشرط الذي يقتضيه العقد، فلا يوجب فساده، كما إذا/ اشترى بشرط أن يتملك المبيع، أو باع [ب/٤٣/م] بشرط أن يتملك الثمن، أو باع بشرط أن يحبس المبيع، أو اشترى على أن يسلم المبيع، أو اشترى جارية على أن تخدمه، أو دابة على أن يركبها، أو ثوباً على أن يلبسه، أو حنطة في سنبلها، وشرط الحصاد على البائع، ونحو ذلك فالبيع جائز، لأن البيع يقتضي هذه المذكورات من غير شرط، فكان ذكرها في معرض الشرط تقريراً لمقتضى العقد، فلا توجب فساد العقد.

ولو اشترى شيئاً بشرط أن يوفيه في منزله، فهذا لا يخلو: إما أن يكون المشتري والبائع بمنزلهما في المصر، وإما أن يكون أحدهما في المصر، والآخر خارج المصر، فإن كان كلاهما في المصر، فالبيع بهذا الشرط جائز عند أبي حنيفة، وأبي يوسف استحساناً، إلا إذا كان في تصحيح هذا الشرط تحقيق الربا، كما إذا تبايعا حنطة بحنطة، وشرط أحدهما على صاحبه الإيفاء في منزله، وعند محمد البيع بهذا الشرط فاسد وهو القياس، لأنه شرط لا يقتضيه العقد، وفيه منفعة للمشتري فأشبه ما إذا اشترى بشرط الحمل إلى منزله،

أو بشرط الإيفاء في منزله، وأحدهما في المصر، والآخر خارج المصر.

ولهما: أن الناس تعاملوا البيع بهذا الشرط إذا كان المشتري في المصر، فتركنا القياس لتعامل الناس، ولا تعامل فيما إذا لم يكونا في المصر، ولا في شرط الحمل إلى المنزل فعملنا بالقياس فيه.

وكذلك الشرط الذي لا يقتضيه العقد لكنه ملائم للعقد، لا يوجب فساد العقد أيضاً، لأنه مقرر لحكم العقد من حيث المعنى مؤكد إياه على ما نذكر إن شاء الله تعالى، فيلحق بالشرط الذي هو من مقتضيات العقد، وذلك نحو ما إذا باع على أن يعطيه المشتري بالثمن رهناً، أو كفيلاً، والرهن معلوم، والكفيل حاضر فقبل.

وجملة الكلام في البيع بشرط إعطاء الرهن، أن الرهن لا يخلو إما أن يكون معلوماً، أو مجهولاً، فإن كان معلوماً فالبيع جائزاً استحساناً، والقياس أن لا يجوز، لأن الشرط الذي يخالف مقتضى العقد مفسد في الأصل، وشرط الرهن، والكفالة مما يخالف مقتضى العقد فكان مفسداً، إلا أن استحسنا الجواز، لأن هذا الشرط لو كان مخالفاً مقتضى العقد صورة، / فهو موافق له معنى، لأن الرهن بالثمن شرع توثيقاً للثمن. [٤٤/أ م]

وكذا الكفالة فإن حق البائع يتأكد بالرهن، والكفالة، فكان كل واحد منهما مقرراً لمقتضى العقد معنى، فأشبه اشتراط صفة الجودة للثمن، وأنه لا يوجب فساد العقد فكذا هذا، ولو قبل المشتري المبيع على هذا الشرط، ثم امتنع من تسليم الرهن، لا يجبر على التسليم عند أصحابنا الثلاثة، وعند زفر: يجبر عليه.

وجه قوله: أن الرهن إذا شرط في البيع، فقد صار حقاً من حقوقه، والجبر على التسليم من حقوق البيع فيجبر عليه.

ولنا: أن الرهن عقد تبرع في الأصل، واشتراطه في البيع لا يخرجه عن أن يكون تبرعاً، والجبر على التبرع ليس بمشروع، فلا يجبر عليه، ولكن يقال له: إما أن تدفع الرهن، أو قيمته، أو تؤدي الثمن، أو يفسخ البائع البيع، لأن البائع لم يرض بزوال المبيع عن ملكه إلا بوثيقة الرهن، أو بقيمته، لأن قيمته تقوم مقامه، ولأن الدين يستوفى من مالية الرهن، وهي قيمته، وإذا أدى الثمن فقد حصل المقصود فلا معنى للفسخ.

ولو امتنع المشتري من هذه الوجوه، فللبائع أن يفسخ البيع لفوات الشرط والغرض، وإن كان الرهن مجهولاً فالبيع فاسد، لأن جواز هذا الشرط مع أن القياس يأباه، لكونه ملائماً للعقد مقرراً لمقتضاه معنى لحصول معنى التوثق والتأكد للثمن، ولا يحصل ذلك إلا بالتسليم، وأنه لا يتحقق في المجهول، ولو اتفقا على تعيين رهن في المجلس جاز البيع، لأن المانع هو جهالة الرهن، وقد زال، فكأنه كان معلوماً معيناً من الابتداء، لأن المجلس له حكم حالة واحدة، وإن افترقا عن المجلس تقرر الفساد.

وكذا إذا لم يتفقا على تعيين الرهن، ولكن المشتري نقد الثمن جاز البيع أيضاً، لأن المقصود من الرهن هو الوصول إلى الثمن، وقد حصل، فيسقط اعتبار الوثيقة، وكذلك البيع بشرط إعطاء الكفيل، أن الكفيل إن كان حاضراً في المجلس وقبل جاز البيع استحساناً، وإن كان غائباً فالبيع فاسد.

وكذا إذا/ كان حاضراً ولم يقبل، لأن الجواز على مخالفة القياس ثبت لمعنى التوثيق، وتوكيد الثمن [ب/٤٤م] لما فيه من تقرير موجب العقد على ما بينا، فإذا كان الكفيل غائباً، أو حاضراً ولم يقبل، لم تصح الكفالة، فلم يحصل معنى التوثيق، فبقي الحكم على ما يقتضيه القياس.

وكذا إذا كان الكفيل مجهولاً، فالبيع فاسد، لأن كفالة المجهول لا تصح، ولو كان الكفيل معيناً وهو غائب، ثم حضر وقبل الكفالة في المجلس جاز البيع، لأنه جازت الكفالة بالقبول في المجلس، وإذا حضر بعد الافتراق تأكد الفساد، ولو شرط المشتري على البائع أن يحيله بالثمن على غريم من غرمائه، أو على أن يضمن الثمن لغريم من غرماء البائع، فالبيع فاسد، لأن شرط الحوالة، والضمان، شرط لا يقتضيه العقد، والشرط الذي لا يقتضيه العقد مفسد في الأصل، إلا إذا كان فيه تقرير موجب العقد، وتأكيده، والحوالة إبراء عن الثمن، وإسقاط له، فلم يكن ملائماً للعقد، بخلاف الكفالة، والرهن.

وكذلك إن كان مما لا يقتضيه العقد، ولا يلائم العقد أيضاً، لكن للناس فيه تعامل، فالبيع جائز، كما إذا اشترى نعلاً على أن يحدوه البائع، أو جراباً على أن يخرزه له خفاً، أو ينعل خفه، والقياس أن لا يجوز، وهو قول زفر رحمه الله.

وجه القياس: أن هذا شرط لا يتقضيه العقد، وفيه منفعة لأحد العاقدين، وأنه مفسد كما إذا اشترى ثوباً بشرط أن يخيطه البائع له قميصاً، ونحو ذلك.

ولنا: أن الناس تعاملوا هذا الشرط في البيع، كما تعاملوا الاستصناع، فسقط القياس بتعامل الناس، كما سقط في الاستصناع، ولو اشترى جاريةً على أنها بكر وطباخة، أو خبازة، أو غلاماً على أنه كاتب، أو خياط، أو باع عبداً بألف درهم على أنها صحاح، أو على أنها جياد نقد بيت المال، أو اشترى على أنها مؤجلة، فالبيع جائز، لأن المشروط صفة للمبيع أو الثمن صفة محضة لا يتصور انقلابها أصلاً ولا يكون لها حصة من الثمن بحال.

ولو كان موجوداً عند العقد يدخل فيه/ من غير تسمية، وأنها صفة مرغوب فيها لا على وجه التلهي، [أ/٤٥م] والمشروط إذا كان هذا سبيله، كان من مقتضيات العقد واشتراط شرط يقتضيه العقد، لا يوجب فساد العقد، كما إذا اشترى بشرط التسليم، وتملك المبيع، والانتفاع به ونحو ذلك، بخلاف ما إذا اشترى ناقة على أنها حامل إن البيع يفسد في ظاهر الرواية، لأن الشرط هناك عين، وهو الحمل فلا يصلح شرطاً، وكون الناقة حاملاً وإن كان صفة لها لكن لا تحقق له إلا بالحمل، وهو عين في وجوده غرر، ومع ذلك مجهول، فأوجب ذلك فساد البيع.

ويخرج على هذا أيضاً ما ذكرنا من المسائل، إذا اشترى ناقة على أنها تحلب كذا وكذا رطلاً، أو على أنها حلوبة، أو على أنها لبون، أن البيع بهذه الشروط فاسد، لأن المشروط في هذه المواضع عين فلا يصلح شرطاً.

وعلى هذا يخرج ما إذا اشترى جاريةً على أنها مغنية على سبيل الرغبة فيها، لأن جهة الغناء جهة التلهي، فاشتراطها في البيع يوجب الفساد، وكذا إذا اشترى قمرية على أنها تصوت، أو طوطباً على أنه

يتكلم، أو حمامة على أنها تجيء من مكان بعيد، أو كبشاً على أنه نطاح، أو ديكاً على أنه مقاتل، لأن هذه الجهات كلها جهات التلهي، بخلاف ما إذا اشترى كلباً على أنه معلم، أو اشترى دابةً على أنها هملاج[1] لأنه صفة لا حظر فيها بوجه، والله عز شأنه الموفق.

ويجوز البيع بشرط البراءة عن العيب عندنا، سواء عم العيوب كلها بأن قال: بعت على أني بريء من كل عيب، أو خص بأن سمى جنساً من العيوب، وقال الشافعي رحمه الله: إن خص صح، وإن عم لا يصح، وإذا لم يصح الإبراء عنده هل يصح العقد له فيه قولان: في قول يبطل العقد أيضاً، وفي قول يصح العقد ويبطل الشرط، وعلى هذا الخلاف الإبراء عن الحقوق المجهولة، ولو شرط على أني بريء من العيب الذي يحدث، روي عن أبي يوسف رحمه الله أن البيع بهذا الشرط فاسد.

وجه قول الشافعي رحمه الله، أن الإبراء عن كل عيب إبراء عن المجهول فلا يصح، ولا شك أنه إبراء عن المجهول.

والدليل على أن الإبراء عن كل عيب إبراء عن المجهول، غير صحيح أن الإبراء إسقاط فيه معنى التمليك، /بدليل أنه يرتد بالرد، وهذا آية التمليك، إذ الإسقاط لا يحتمل ذلك وتمليك المجهول لا يصح كالبيع ونحوه. [ب/٤٥/م]

ولنا أن الإبراء وإن كان فيه معنى التمليك، لكن الجهالة لا تمنع صحة التمليك لعينها، بل لإفضائها إلى المنازعة، ألا ترى أنها لا تمنع في موضع لا يفضي إلى المنازعة، كما إذا باع قفيزاً من هذه الصبرة[2]، أو عشرة دراهم من هذه النقرة، وهذا النوع من الجهالة ههنا لا يفضي إلى المنازعة، لأن قوله: كل عيب، يتناول العيوب كلها، فإذا سمى جنساً من العيوب لا جهالة له أصلاً مع ما أن التمليك في الإبراء يثبت ضمناً وتبعاً للإسقاط، لأن اللفظ ينبىء عن الإسقاط، لا عن التمليك، فيعتبر التصرف إسقاطاً لا تمليكاً، والجهالة لا تمنع صحة الإسقاطات.

والدليل على جواز الإبراء عن الحقوق المجهولة، ما روي أن رجلين اختصما إلى النبي عليه الصلاة والسلام في مواريث [وأشياء] قد درست، فقال لهما عليه الصلاة والسلام: «اسْتَهِمَا، وأَوْجِبَا الحقَّ، وَلْيُحْلل كُلُّ واحدٍ منكما صاحبَه»[3] وعلى هذا إجماع المسلمين من استحلال معاملاتهم في آخر أعمارهم، في سائر الأعصار من غير إنكار.

---

(١) (الهملجة): مشي الهملاج من البراذين، وهي مشي سهل كالزَّهوجة ا.هـ مغرب جزء (٢) مادة (هملج).

(٢) الصبرة: جمعها الصُّبر مثل غرفة وغرف وهي الكومة.

(٣) أخرجه أحمد في «المسند» (٦/ ٢٣٠) وأبو داود في «سننه» في الأقضية باب في قضاء القاضي إذا أخطأ برقم (٣٥٨٤). والحاكم في «المستدرك» (٤/ ٩٥) في كتاب الأحكام، باب الخصمان يقعدان وقال: صحيح على شرط مسلم. ووافقه الذهبي. والبيهقي في «السنن الكبرى» (١٠/ ٢٦٠) في كتاب الدعوى والبغوي في «شرح السنة» (١٠/ ١١٣) برقم (٢٥٠٨) وغيرهم عن أم سلمة رضي الله عنها وعن النبي ﷺ: «في رجلين اختصما إليه في مواريث لم يكن لهما بينة إلا دعواهما».
ـ وفي رواية أبي داود في «سننه» برقم (٣٥٨٥) بلفظ: «يختصمان في مواريث وأشياء قد درست» ـ فقال النبي ﷺ: «من قضيت له بشيء من حق أخيه فإنما أقطع له قطعة من النار»، فقال الرجلان كل واحد منهما: يا رسول الله حقي هذا لصاحبي، فقال: «لا ولكن اذهبا فاقتسما، وتَوَخَّيا الحق، ثم استهما ثم ليحلل كل واحد منكما صاحبه».

وأما بيع الثمر على الشجر بعد ظهوره، وبيع الزرع في الأرض بشرط الترك، فجملة الكلام فيه أنه لا يخلو إما أن كان لم يبد صلاحه بعد أن صار منتفعاً به بوجه من الوجوه، وإما إن كان قد بدا صلاحه بأن صار منتفعاً به، وكل ذلك لا يخلو من أن يكون بشرط القطع، أو مطلقاً، أو بشرط الترك حتى يبلغ، فإن كان لم يبد صلاحه فباع بشرط القطع جاز، وعلى المشتري أن يقطع للحال، وليس له أن يترك من غير إذن البائع.

ومن مشايخنا من قال: لا يجوز بيعه قبل بدو صلاحه، وهو خلاف ظاهر الرواية على ما ذكرنا، ولو باع مطلقاً عن شرط جاز أيضاً عندنا، وعند الشافعي رحمه الله: لا يجوز[1].

وجه قوله أن المطلق ينصرف إلى المتعارف، والمتعارف هو الترك، فكان هذا بيعاً بشرط الترك دلالة، فصار كما لو شرط الترك نصاً.

ولنا: أن الترك ليس بمشروط نصاً، إذ العقد مطلق/ عن الشرط أصلاً، فلا يجوز تقييده بشرط الترك [أ/٤٦م] من غير دليل، خصوصاً إذا كان في التقييد فساد العقد، وإن اشترى بشرط الترك، فالعقد فاسد بالإجماع، لأنه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لأحد المتعاقدين، ولا يلائم العقد، ولا جرى به التعامل بين الناس، ومثل هذا الشرط مفسد للبيع لما ذكرنا، ولأنه لا يتمكن من الترك إلا بإعارة الشجرة والأرض، وهما ملك البائع، فصار بشرط الترك شارطاً الإعارة فكان شرطه صفقة في صفقة وأنه منهي، هذا إذا لم يبد صلاحه.

وكذا إذا بدا صلاحه فباع بشرط القطع أو مطلقاً، فأما إذا باع بشرط الترك، فإن لم يتناه عظمه فالبيع فاسد بلا خلاف لما قلنا، وكذا إذا تناهى عظمه، فالبيع فاسد عند أبي حنيفة، وأبي يوسف، وقال محمد: يجوز استحساناً لتعارف الناس، وتعاملهم ذلك.

ولهما: ما ذكرنا أن شرط الترك فيه منفعة للمشتري، والعقد لا يقتضيه، وليس بملائم للعقد أيضاً، ومثل هذا الشرط يكون مفسداً، كما إذا اشترى حنطة على أن يتركها في دار البائع شهراً، قوله: الناس تعاملوا ذلك، قلنا: دعوى تعامل الناس شرط الترك في المبيع ممنوعة، وإنما التعامل بالمسامحة بالترك من غير شرط في عقد البيع.

ولو اشترى مطلقاً عن شرط، فترك فإن كان قد تناهى عظمه، ولم يبق إلا النضج لم يتصدق بشيء، سواء ترك بإذن البائع، أو بغير إذنه، لأنه لا يزداد بعد التناهي وإنما يتغير إلى حال النضج، وإن كان لم يتناه عظمه ينظر؛ إن كان الترك بإذن البائع جاز، وطاب له الفضل، وإن كان بغير إذنه تصدق بما زاد في ذاته على ما كان عند العقد، لأن الزيادة حصلت بجهة محظورة، فأوجبت خبثاً فيها، فكان سبيلها التصدق، فإن استأجر المشتري من البائع الشجر للترك إلى وقت الإدراك وطاب له الفضل، لأن الترك حصل بإذن البائع، ولكن لا تجب الأجرة لأن هذه الإجارة باطلة، لأن جوازها ثبت على خلاف القياس لتعامل/ الناس، فما لم [ب/٤٦م] يتعاملوا فيه لا تصح فيه الإجارة، ولهذا لم تصح إجارة الأشجار لتجفيف الثياب، وإجارة الأوتاد لتعليق

= قال الخطابي في «معالم السنن» (٤/ ١٤) قوله: استهما أي اقترعا، والاستهام: الاقتراع ومنه قوله تعالى: ﴿فساهم فكان من المدحضين﴾ سورة الصافات، الآية: (١٤١).

(١) انظر «المنهاج» صفحة (٤٦).

الأشياء عليها، وإجارة الكتب للقراءة ونحو ذلك، حتى لم تجب الأجرة لما قلنا كذا هذا.

ولو أخرجت الشجرة في مدة الترك ثمرة أخرى، فهي للبائع سواء كان الترك بإذنه أو بغير إذنه، لأنه نماء ملك البائع فيكون له، ولو حللها له البائع جاز، وإن اختلط الحادث بعد العقد بالموجود عنده حتى لا يعرف، ينظر إن كان قبل التخلية بطل البيع، لأن المبيع صار معجوز التسليم بالاختلاط للجهالة، وتعذر التمييز، فأشبه العجز عن التسليم بالهلاك، وإن كان بعد التخلية لم يبطل، لأن التخلية قبض، وحكم البيع يتم، ويتناهى بالقبض، والثمرة تكون بينهما لاختلاط ملك أحدهما بالآخر اختلاطاً لا يمكن التمييز بينهما، فكان الكل مشتركاً بينهما، والقول قول المشتري في المقدار، لأنه صاحب يد لوجود التخلية، فكان الظاهر شاهداً له، فكان القول قوله.

ولو اشترى ثمرة بدا صلاح بعضها دون بعض، بأن أدرك البعض دون البعض بشرط الترك، فالبيع فاسد على أصلهما، لأنه لو كان أدرك الكل فاشتراها بشرط الترك، فالبيع فاسد عندهما فبإدراك البعض أولى.

وأما على أصل محمد رحمه الله وهو اختيار العادة، فإن كان صلاح الباقي متقارباً جاز، لأن العادة في الثمار أن لا يدرك الكل دفعة واحدة، بل يتقدم إدراك البعض على البعض، ويلحق بعضها بعضاً، فصار كأنه اشتراها بعد إدراك الكل، ولو كان كذلك لصح الشراء عنده بشرط الترك كذا هذا، وإن كان يتأخر إدراك البعض عن البعض تأخيراً فاحشاً كالعنب ونحوه، يجوز البيع فيما أدرك ولا يجوز فيما لم يدرك، لأن عند التأخر الفاحش يلتحقان بجنسين مختلفين.

ومنها: شرط الأجل في المبيع العين، والثمن العين، وهو أن يضرب لتسليمها أجل لأن القياس يأبى جواز التأجيل أصلاً، لأنه تغيير مقتضى العقد، لأنه عقد معاوضة/ تمليك بتمليك، وتسليم بتسليم، [٤٧/أ م] والتأجيل ينفي وجوب التسليم للحال، فكان مغيراً مقتضى العقد، إلا أنه شرط نظراً لصاحب الأجل لضرورة العدم ترفيهاً له وتمكيناً له من اكتساب الثمن في المدة المضروبة، ولا ضرورة في الأعيان، فبقي التأجيل فيها تغييراً محضاً لمقتضى العقد، فيوجب فساد العقد.

ويجوز في المبيع الدين وهو السلم، بل لا يجوز بدونه عندنا على ما نذكره في موضعه، وكذا يجوز في الثمن الدين، وهو بيع الدين بالدين، لأن التأجيل يلائم الديون، ولا يلائم الأعيان، لمساس حاجة الناس إليه في الديون لا في الأعيان على ما بينا.

ومنها شرط خيار مؤبد في البيع، ومنها شرط خيار مؤقت بوقت مجهول جهالة متفاحشة، كهبوب الريح، ومجيء المطر، وقدوم فلان، وموت فلان ونحو ذلك، أو متقاربة كالحصاد، والدياس، وقدوم الحاج ونحوها.

ومنها شرط خيار غير مؤقت أصلاً، والأصل فيه أن شرط الخيار يمنع انعقاد العقد في حق الحكم للحال، فكان شرطاً مغيراً مقتضى العقد وأنه مفسد للعقد في الأصل، وهو القياس، إلا أنا عرفنا جوازه استحساناً بخلاف القياس بالنص، وهو ما روي أن حبان بن منقذ كان يغبن في التجارات، فشكا أهله إلى

رسول الله ﷺ، فقال له: «**إذا بايعت فَقُلْ: لا خِلابة، ولي الخيار ثلاثةَ أيامٍ**»[١]. فبقي ما وراء المنصوص عليه على أصل القياس.

ومنها شرط خيار مؤقت بالزائد على ثلاثة أيام عند أبي حنيفة، وزفر، وقال أبو يوسف ومحمد: هذا الشرط ليس بمفسد.

واحتجا بما روي أن عبد الله بن سيدنا عمر رضي الله عنهما، شرط الخيار شهرين، ولأن النص الوارد في خيار ثلاثة أيام، معلول بالحاجة إلى دفع الغبن بالتأمل والنظر، وهذا لا يوجب الاقتصار على الثلاث كالحاجة إلى التأجيل.

ولأبي حنيفة: أن هذا الشرط في الأصل مما يأباه القياس والنص، أما القياس فما ذكرنا أنه شرط مغير مقتضى العقد/، ومثل هذا الشرط مفسد للعقد في الأصل، وأما النص، فما روي عن رسول الله ﷺ أنه: [ب/٤٧/م] «**نهى عن بيع الغرر**»[٢]. وهذا بيع الغرر، لأنه تعلق انعقاد العقد على غرر سقوط الخيار، إلا أنه ورد نص خاص بجوازه، فيتبع مورد النص، وأنه ورد بثلاثة أيام، فصار ذلك مخصوصاً عن النص العام، وترك القياس فيه، فيعمل بعموم النص ومقتضى القياس فيما وراء هذا، والعمل بقول سيد البشر عليه أفضل الصلاة والسلام، أولى من العمل بقول عبد الله بن سيدنا عمر.

وقولهما النص معلول بالحاجة إلى دفع الغبن، قلنا: لو كان كذلك فالثلاث مدة صالحة لدفع الغبن لكونها صالحة للتأمل، وما وراء ذلك لا نهاية له.

وأما شرط خيار مؤقت بالثلاث فما دونها فليس بمفسد استحساناً، لحديث حبان بن منقذ[٣]، ولمساس الحاجة إليه لدفع الغبن، والتدارك عند اعتراض الندم، وسواء كان الشرط للعاقد أو لغيره بأن شرط الخيار لثالث عند أصحابنا الثلاثة رحمهم الله، وقال زفر رحمه الله: لا يجوز شرط الخيار لغير العاقد.

وجه قوله: أن اشتراط الخيار للعاقد مع أن القياس يأباه، ثبت بالنص، فبقي اشتراطه لغيره على أصل القياس.

ولنا: أن النص معلول بالحاجة إلى التأمل لدفع الغبن، والناس يتفاوتون في البصارة بالسلع، فمن

---

(١) ذكره الحافظ الزيلعي في «نصب الراية» (٤/٦) بهذا اللفظ وقال: أخرجه الحاكم في «المستدرك» ذكره بلفظ قريب منه عن حديث محمد بن إسحاق عن نافع عن ابن عمر. وأخرجه الشافعي ومن طريق الشافعي البيهقي في «الكبرى» (٥/ ٣٧٣) وقد أخرجه بألفاظ متقاربة بدون ذكر حبان بن منقذ وإنما عن رجل يخدع... الحديث.

مالك في «**الموطأ**» (٢/ ٦٨٥) في البيوع، باب جامع البيوع.

والبخاري في «**صحيحه**» في البيوع، باب ما يكره من الخداع في البيع. برقم (٢١١٧) وفي الحيل، باب ما ينهى من الخداع في البيوع برقم (٤٩٦٤) وفي الاستقراض، باب ما ينهى عن إضاعة المال برقم (٢٤٠٧) وأبو داود في البيوع، باب في الرجل يقول عند البيع: لا خِلابة برقم (٣٥٠٠) والنسائي (٧/ ٢٥٢) في البيوع، باب الخديعة في البيع وغيرهم والخِلابة: بالكسر أي لا خديعة.

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) تقدم ذكره قريباً مع تخريجه.

الجائز أن يكون المشروط له الخيار أبصر منه، ففوض الخيار إليه ليتأمل في ذلك، فإن صلح أجازه، وإلا فسخ، وإذا جاز هذا الشرط ثبت الخيار للمشروط له وللعاقد أيضاً، ولما نذكر، ولكل واحد منهما ولاية الإجازة والفسخ، وسواء كان العاقد مالكاً، أو وصياً، أو ولياً، أو وكيلاً، فيجوز شرط الخيار فيه لنفسه أو لصاحبه الذي عاقده.

أما الأب، أو الوصي: فلأن اشتراط الخيار منهما من باب النظر للصغير فيملكانه، وأما الوكيل فلأنه يتصرف بأمر الموكل، وقد أمره بالبيع والشراء مطلقاً فيجري على إطلاقه.

وكذلك المضارب، أو الشريك شركة عنان، أو مفاوضة، يملك شرط الخيار لما قلنا، ولو اشترى شيئاً على أنه إن لم ينقد الثمن إلى ثلاثة أيام فلا بيع بينهما، فالقياس أنه لا/ يجوز هذا البيع، وهو قول زفر رحمه الله، وفي الاستحسان جائز. [أ/٤٨/م]

وجه القياس: أن هذا بيع علقت إقالته بشرط عدم نقد الثمن إلى ثلاثة أيام، وتعليق الإقالة بالشرط فاسد، فكان هذا بيعاً دخله شرط فاسد، فيكون فاسداً كسائر الأنواع التي دخلتها شروط فاسدة.

وجه الاستحسان: أن هذا البيع في معنى البيع بشرط الخيار، لوجود التعليق بشرط في كل واحد منهما، وتحقق الحاجة المستدعية للجواز. أما التعليق فإنه علق إقالة هذا البيع وفسخه بشرط عدم النقد إلى ثلاثة أيام، وفي البيع بشرط الخيار علق انعقاده في حق الحكم بشرط سقوط الخيار.

وأما الحاجة، فإن المشتري كما يحتاج إلى التأمل في المبيع أنه هل يوافقه أم لا، فالبائع يحتاج إلى التأمل أنه هل يصل الثمن إليه في الثلاث أم لا، وكذا المشتري يحتاج إلى التأمل أنه هل يقدر على النقد في الثلاث أم لا، فكان هذا بيعاً مست الحاجة إلى جوازه في الجانبين جميعاً، فكان أولى بالجواز من البيع بشرط الخيار فورود الشرع بالجواز هناك يكون وروداً ههنا دلالة.

ولو اشترى على أنه إن لم ينقد الثمن إلى أربعة أيام، لم يجز عند أبي حنيفة كما لا يجوز شرط الخيار أربعة أيام أو أكثر بعد أن يكون معلوماً، إلا أن أبا يوسف يقول ههنا: لا يجوز، كما قال أبو حنيفة، فأبو حنيفة مر على أصله ولم يجز في الموضعين، ومحمد مر على أصله وأجاز فيهما، وأبو يوسف فرق بينهما.

ووجه الفرق له: أن القياس يأبى الجواز في الموضعين جميعاً، إلا أن الجواز في شرط الخيار عرفناه بأثر ابن عمر رضي الله عنهما، فبقي هذا على أصل القياس والله سبحانه عز شأنه أعلم.

ويتصل بالشروط المفسدة ما إذا باع حيواناً، واستثنى ما في بطنه من الحمل أن البيع فاسد، لأن بيع الحمل بانفراده لا يجوز، فكان استثناؤه بمنزلة شرط فاسد أدخل في البيع فوجب فساد البيع، وكذلك هذا في عقد الإجارة والكتابة والرهن، بخلاف النكاح والخلع، والصلح عن دم العمد، والهبة، والصدقة، لأن استثناء الحمل في هذه العقود لا يبطلها/. [ب/٤٨/م]

وكذلك في الإعتاق لما أن استثناء ما في البطن بمنزلة شرط فاسد، والبيع وأخواته تبطلها الشروط الفاسدة فكان الشرط فاسداً والعقد فاسداً، فأما النكاح ونحوه، فلا تبطله الشروط الفاسدة فجاز العقد،

وبطل الشرط فيدخل في العقد الأم والولد جميعاً، وكذا في العتق، وكذا إذا باع حيواناً، واستثنى شيئاً من أطرافه فالبيع فاسد.

ولو باع صبرة، واستثنى قفيزاً منها، فالبيع جائز في المستثنى منه، وكذا إذا باع صبرة، واستثنى جزءاً شائعاً منها، ثلثها، أو ربعها، أو نحو ذلك، ولو باع قطيعاً من الغنم واستثنى شاة منها بغير عينها، فالبيع فاسد، ولو استثنى شاة منها بعينها فالبيع جائز.

والأصل في هذا أن من باع جملة واستثنى منها شيئاً، فإن استثنى ما يجوز إفراده بالبيع فالبيع في المستثنى منه جائز، وإن استثنى ما لا يجوز إفراده بالبيع، فالبيع في المستثنى منه فاسد.

ولو باع الثمرة على رؤوس النخل، واستثنى منها صاعاً، ذكر القاضي في «**شرحه مختصر الطحاوي**»[1] أنه يجوز لأنه استثنى ما يجوز إفراده بالبيع، فأشبه ما إذا باع جزءاً مشاعاً منه من الثلث، والربع، وكذا لو كان الثمر مجذوذاً فباع الكل واستثنى صاعاً يجوز. وأي فرق بين المجذوذ، وغير المجذوذ.

وذكر الطحاوي في «**مختصره**» أنه لا يجوز، وإليه أشار محمد في «**الموطأ**»[2] فإنه قال: لا بأس بأن يبيع الرجل ثمرة ويستثني منها بعضها إذا استثنى شيئاً في جملته ربعاً، أو خمساً، أو سدساً، قيد الجواز بشرط أن يكون المستثنى مشاعاً في الجملة، فلو ثبت الجواز في المعين، لم يكن لتقييده بهذا الشرط معنى.

وكذا روى الحسن بن زياد أنه قال: لا يجوز، وكذا ذكر القدوري رحمه الله في «**مختصره**»[3] ثم فساد العقد بما ذكرنا من الشروط مذهب أصحابنا.

وقال ابن أبي ليلى[4]: البيع جائز والشرط باطل، وقال ابن شبرمة البيع جائز والشرط جائز.

والصحيح قولنا، لما روى أبو حنيفة عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده أن رسول الله ﷺ: «**نَهَى عَنْ بَيْعٍ وَشَرْطٍ**»[5] والنهي يقتضي فساد المنهي/ [أ/٤٩/م]، فيدل على فساد كل بيع وشرط إلا ما خص عن عموم

---

(١) «**شرح مختصر الطحاوي**» المختصر: للإمام أبي جعفر أحمد بن محمد الطحاوي الحنفي وقد أولع الناس بشرحه فشرحه عدد كبير من العلماء منهم المذكور.

(٢) «**الموطأ**» هو للإمام مالك إمام دار الهجرة وله روايات عدة منها رواية الإمام محمد المقصودة هنا.

(٣) «**مختصر القدوري**»: في فروع المذهب الحنفي للإمام أبي الحسين أحمد بن محمد القدوري البغدادي الحنفي المتوفى سنة (٤٢٨) وهو من المتون المعتبرة في المذهب الحنفي.
قال صاحب أنوار الأدعية: إن الحنفية يتبركون بقراءته في أيام الوباء وهو كتاب مبارك من حفظه يكون أميناً من الفقر. انظر «**كشف الظنون**» (٢/ ١٦٣١).

(٤) ابن أبي ليلى: تقدمت ترجمته.

(٥) انظر «**مسند أبي حنيفة**» بشرح القاري صفحة (٥٤٦).
وأخرجه أيضاً أبو داود الطيالسي في «**المسند**» ص (٢٩٨) برقم (٢٢٥٧) وأحمد في «**المسند**» (٢/ ١٧٨ ـ ١٧٩).
وأبو داود في «**سننه**» في البيوع، باب في الرجل يبيع ما ليس عنده برقم (٣٥٠٤).
والترمذي في «**جامعه**» في البيوع، باب ما جاء في كراهية بيع ما ليس عندك برقم (١٢٣٤) وقال: حسن صحيح.
والنسائي في «**المجتبى**» (٧/ ٢٨٨) في البيوع، باب بيع ما ليس عند البائع وفي (٧/ ٢٩٥)، باب شرطان في بيع. وابن ماجة في «**سننه**» في كتاب التجارات، باب النهي عن بيع ما ليس عندك برقم (٢١٨٨) من حديث عبد الله بن عمرو بلفظ: «لا يحل =

النص، ولأن هذه الشروط بعضها فيه منفعة زائدة ترجع إلى العاقدين، أو إلى غيرهما، وزيادة منفعة مشروطة في عقد البيع تكون رباً، والربا حرام، والبيع الذي فيه رباً فاسد، وبعضها فيه غرر «ونَهَى رسولُ اللَّهِ ﷺ عَنْ بيعٍ فيهِ غَررٌ»(١). والمنهي عنه فاسد وبعضها شرط التلهي وأنه محظور، وبعضها يغير مقتضى العقد، وهو معنى الفساد إذ الفساد هو التغيير، والله سبحانه وتعالى أعلم.

ثم قران الشرط الفاسد بالعقد وإلحاقه به سواء عند أبي حنيفة رحمه الله، حتى لو باع بيعاً صحيحاً، ثم ألحق به شيئاً من هذه الشروط المفسدة، يلتحق به ويفسد العقد، وعندهما لا يلتحق به، ولا يفسد العقد، وأجمعوا على أنه لو ألحق بالعقد الصحيح شرطاً صحيحاً، كالخيار الصحيح في البيع البات، ونحو ذلك يلتحق به.

وجه قولهما: أن إلحاق الشرط الفاسد بالعقد يغير العقد من الصحة إلى الفساد، فلا يصح فبقي العقد صحيحاً كما كان، لأن العقد كلام لا بقاء له والالتحاق بالمعدوم لا يجوز، فكان ينبغي أن لا يصح الإلحاق أصلاً، إلا أن إلحاق الشرط الصحيح بأصل العقد ثبت شرعاً للحاجة إليه، حتى صح قرانه بالعقد فيصح إلحاقه به، فلا حاجة إلى إلحاق الشرط الفاسد ليفسد العقد، ولهذا لم يصح قرانه بالعقد.

ولأبي حنيفة رحمه الله: أن اعتبار التصرف على الوجه الذي أوقعه المتصرف واجب، إذا كان هو أهلاً والمحل قابلاً، وقد أوقعه مفسداً للعقد؛ إذ الإلحاق لفساد العقد فوجب اعتباره كما لو أوقعه فاسداً في الأصل.

وقولهما: الإلحاق تغيير للعقد، قلنا: إن كان تغييراً، فلهما ولاية التغيير، ألا ترى أن لهما ولاية التغيير بالزيادة في الثمن، والمثمن، والحط عن الثمن وبإلحاق الشرط الصحيح، وإن كان تغييراً ولأنهما يملكان الفسخ فالتغيير أولى، لأن التغيير تبديل الوصف، والفسخ رفع الأصل، والوصف، والله سبحانه أعلم.

ومنها: الرضا لقول الله تعالى: ﴿إلا أَنْ تَكُونَ تجارةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾(٢) عقيب قوله عز اسمه: ﴿يَا أَيُها الَّذينَ آمنُوا لاَ تَأْكُلُوا أَموالَكُمْ بينَكُمْ بِالبَاطِلِ﴾/(٣). [ب/٤٩/م]

وقال عليه السلام: «لا يَحِلُّ مالُ امرِءٍ مسلمٍ إلا بطيبٍ منْ نَفْسِه»(٤). فلا يصح بيع المكره إذا باع

= سلف وبيع، ولا شرطان في بيع ولا ربح ما لم يضمن...».

قال ملا علي القاري رحمه الله في «شرحه على مسند أبي حنيفة» صفحة (٥٤٦ ـ ٥٤٧): قال صاحب النهاية: هو أن يقول: بعتك هذا الثوب نقداً بعشرة، ونسيئة بخمسة عشر فلا يجوز، لأنه لا يدري أيهما الثمن الذي يختاره، فيقع عليه العقد، قال: ومن صوره: أن يقول: بعتك هذا بعشرين، على أن بعتني ثوبك بعشرة فلا يصح الشرط الذي فيه، ولأنه يسقط بسقوط بعض الثمن فيصير الثاني مجهولاً، وقد نهى عن بيع وشرط، وبيع وسلف وهما هذا الوجهان، انتهى.

وهذا يفيد أن شرطاً في بيع أيضاً منهي عنه؛ إلا أن يكون شرطاً مما يقتضيه العقل. والتقييد بقوله في بيع يفيد أن الشرط في النكاح غير مفسد. كما تقدم.

(١) تقدم تخريجه مطولاً وأخرجه أيضاً أبو حنيفة في «مسنده» صفحة (١٩٥) عن نافع عن ابن عمر مرفوعاً.

(٢) سورة النساء، الآية: (٢٩).

(٣) سورة النساء، الآية: (٢٨).

(٤) أخرجه أحمد في «المسند» (٥/ ٤٢٥) والبيهقي في «السنن الكبرى» (٦/ ١٠٠) و (٩/ ٣٥٩) وصححه ابن حبان برقم (٥٩٧٨) كما في «الإحسان». =

مكرهاً، وسلم مكرهاً لعدم الرضا، فأما إذا باع مكرهاً، وسلم طائعاً، فالبيع صحيح على ما نذكره في كتاب الإكراه، ولا يصح بيع الهازل، لأنه متكلم بكلام البيع لا على إرادة حقيقته، فلم يوجد الرضا بالبيع فلا يصح، بخلاف طلاق الهازل أنه واقع، لأن الفائت بالإكراه ليس إلا الرضا، والرضا ليس بشرط لوقوع الطلاق، بخلاف البيع، على أن الهزل في باب الطلاق ملحق بالجد شرعاً.

قال عليه الصلاة والسلام: «ثَلاثٌ جِدّهنَّ جَدّ، وهَزْلُهُنَّ جَدٌّ: الطلاقُ والنِّكَاحُ والعتَاقُ»[1]. ألحق الهازل بالجاد فيه، ومثل هذا لم يرد في البيع.

وعلى هذا يخرج بيع المنابذة، والملامسة، والحصاة، الذي كان يفعله أهل الجاهلية، كان الرجلان يتساومان السلعة، فإذا أراد أحدهما إلزام البيع، نبذ السلعة إلى المشتري، فيلزم البيع رضي المشتري أم سخط، أو لمسها المشتري، أو وضع عليها حصاة، فجاء الإسلام فشرط الرضا، وأبطل ذلك كله.

وعلى هذا يخرج بيع التلجئة، وهي: ما لجأ الإنسان إليه بغير اختياره اختيار الإيثار، وجملة الكلام فيه أن التلجئة في الأصل لا تخلو إما أن تكون في نفس البيع، وإما أن تكون في الثمن، فإن كانت في نفس البيع، فإما أن تكون في إنشاء البيع، وإما أن تكون في الإقرار به، فإن كانت في إنشاء البيع، بأن تواضعوا في السر لأمر ألجأهم إليه على أن يظهر البيع، ولا بيع بينهما حقيقة وإنما هو رياء وسمعة، نحو أن يخاف رجل السلطان فيقول الرجل: إني أظهر أني بعت منك داري، وليس ببيع في الحقيقة، وإنما هو تلجئة فتبايعا، فالبيع باطل في ظاهر الرواية عن أبي حنيفة، وهو قول أبي يوسف، ومحمد، لأنهما تكلما بصيغة البيع لا على قصد الحقيقة، وهو تفسير الهزل، والهزل يمنع جواز البيع، لأنه يعدم الرضا بمباشرة السبب، فلم يكن هذا بيعاً منعقداً في حق الحكم.

وروى أبو يوسف عن أبي حنيفة أن البيع جائز، لأن ما شرطاه في السر/ لم يذكراه في العقد، وإنما [أ/٥٠م] عقدا عقداً صحيحاً بشرائطه، فلا يؤثر فيه ما تقدم من الشرط، كما إذا اتفقا على أن يشترطا شرطاً فاسداً عند البيع، ثم باعا من غير شرط.

والجواب: أن الحكم ببطلان هذا البيع لمكان الضرورة، فلو اعتبرنا وجود الشرط عند البيع لا تندفع الضرورة، ولو أجاز أحدهما دون الآخر لم يجز، وإن أجازاه جاز، كذا ذكر محمد، لأن الشرط السابق وهو المواضعة منعت انعقاد العقد في حق الحكم بمنزلة شرط خيار المتبايعين، فلا يصح إلا بتراضيهما ولا يملكه المشتري بالقبض حتى لو كان المشتري عبداً فقبضه، وأعتقه لا ينفذ إعتاقه بخلاف المكره على البيع، والتسليم، إذا باع وسلم فأعتقه المشتري أن ينفذ إعتاقه، لأن بيع المكره انعقد سبباً للحكم لوجود الرضا بمباشرة السبب عقلاً لما فيه من صيانة نفسه عن الهلاك، فانعقد السبب إلا أنه فسد لانعدام الرضا طبعاً فتأخر

---

(١) أخرجه أبو داود في «سننه» في الطلاق، باب في الطلاق على الهزل برقم (٢١٩٤).
والترمذي في «جامعه» في الطلاق، باب ما جاء في الجد والهزل برقم (١١٨٤) وقال: حسن غريب.
وابن ماجة في «سننه» في الطلاق، باب من طلق أو نكح برقم (٢٠٣٩) والدارقطني في «سننه» (٤/ ١٨ ـ ١٩).
وصححه الحاكم في «المستدرك» (٢/ ١٩٧ ـ ١٩٨) حيث قال: صحيح الإسناد وعبد الرحمن بن حبيب هذا هو ابن أردك من ثقات المدنيين ولم يخرجاه ولكن الذهبي في «تلخيصه» (٢/ ١٩٨) قال: فيه لين.

الملك فيه إلى وقت القبض، أما ههنا فلم يوجد الرضا بمباشرة السبب في الجانبين أصلاً فلم ينعقد السبب في حق الحكم، فتوقف على أحدهما فأشبه البيع بشرط خيار المتبايعين.

هذا إذا كانت التلجئة في إنشاء البيع، فأما إذا كانت في الإقرار به، فإن اتفقا على أن يقرا ببيع لم يكن فأقرا بذلك، ثم اتفقا على أنه لم يكن، فالبيع باطل حتى لا يجوز بإجازتهما، لأن الإقرار إخبار، وصحة الإخبار بثبوت المخبر به حال وجود الإخبار، فإن كان ثابتاً كان الإخبار صدقاً، وإلا فيكون كذباً والمخبر به ههنا وهو البيع ليس بثابت، فلا يحتمل الإجازة لأنها تلحق الموجود لا المعدوم.

هذا كله إذا كانت التلجئة في نفس البيع، إنشاءً كان أو إقراراً، فأما إذا كانت في الثمن، فهذا أيضاً لا يخلو من أحد وجهين: إما إن كانت في قدر الثمن، وإما إن كانت في جنسه، فإن كانت في قدره بأن تواضعا في السر والباطن على أن يكون الثمن ألفاً، ويتبايعان في الظاهر بألفين، فإن لم يقولا عند المواضعة ألف منهما رياءً وسمعةً، / فالثمن ما تعاقدا عليه، لأن الثمن اسم للمذكور عند العقد، والمذكور عند العقد ألفان، [ب/٥٠/م] فإن لم يذكر أن أحدهما رياء وسمعة صحت تسمية الألفين، وإن قالا عند المواضعة ألف منهما رياء وسمعة، فالثمن ثمن السر والزيادة باطلة في ظاهر الرواية عند أبي حنيفة، وهو قول أبي يوسف، ومحمد. وروي عن أبي يوسف أن الثمن ثمن العلانية.

وجه هذه الرواية: أن الثمن هو المذكور في العقد، والألفان مذكوران في العقد، وما ذكرا في المواضعة لم يذكراه في العقد فلا يعتبر.

وجه ظاهر الرواية: أن ما تواضعا عليه في السر هو ما تعاقدا عليه في العلانية، إلا أنهما زادا عليه ألفاً أخرى، والمواضعة السابقة أبطلت الزيادة، لأنهما في هزلانها حيث لم يقصداها، فلم يصح ذكر الزيادة في البيع، فيبقى البيع بما تواضعا عليه وهو الألف؛ وإن كانت في جنسه بأن اتفقا في السر على أن الثمن ألف درهم، لكنهما يظهرا أن البيع بمائة دينار فإن لم يقولا في المواضعة أن ثمن العلانية رياء وسمعة، فالثمن ما تعاقدا عليه لما قلنا، وإن قالا ذلك فالقياس أن يبطل العقد، وفي الاستحسان يصح بمائة دينار.

وجه القياس: أن ثمن السر لم يذكراه في العقد، وثمن العلانية لم يقصداه فقد هزلا به، فسقط وبقي بيعاً بلا ثمن فلا يصح.

وجه الاستحسان: أنهما لم يقصدا بيعاً باطلاً، بل بيعاً صحيحاً فيجب حمله على الصحة ما أمكن، ولا يمكن حمله على الصحة إلا بثمن العلانية، فكأنهما انصرفا عما شرطاه في الباطن، فتعلق الحكم بالظاهر، كما لو اتفقا على أن يبيعاه بيع تلجئة فتواهبا؛ بخلاف الألف والألفين، لأن الثمن المذكور المشروط في السر مذكور في العقد وزيادة، فتعلق العقد به.

هذا إذا تواضعا في السر، ولم يتعاقدا في السر، فأما إذا تعاقدا في السر بثمن، ثم تواضعا على أن يظهرا العقد بأكثر منه، أو بجنس آخر، فإن لم يقولا أن العقد الثاني رياء وسمعة، فالعقد الثاني يرفع العقد الأول، والثمن هو المذكور في العقد الثاني، لأن البيع يحتمل الفسخ والإقالة، فشروعهما في العقد/ الثاني [١/٥١/م] إبطال للأول، فبطل الأول وانعقد الثاني بما سمي عنده.

وإن قالا: رياء وسمعة، فإن كان الثمن من جنس آخر، فالعقد هو العقد الأول لأنهما لم يذكرا الرياء والسمعة فقد أبطلا المسمى في العقد الثاني فلم يصح العقد، فبقي العقد الأول، وإن كان من جنس الأول فالعقد هو العقد الثاني، لأن البيع يحتمل الفسخ، فكان العقد هو العقد الثاني لكن بالثمن الأول، والزيادة باطلة لأنهما أبطلاها حيث هزلا بها.

هذا إذا تواضعا واتفقا في التلجئة في البيع فتبايعا وهما متفقان على ما تواضعا، فأما إذا اختلفا فادعى أحدهما التلجئة، وأنكر الآخر وزعم أن البيع بيع رغبة، فالقول قول منكر التلجئة، لأن الظاهر شاهد له، فكان القول قوله مع يمينه على ما يدعيه صاحبه من التلجئة إذا طلب الثمن.

وإن أقام المدعي البينة على التلجئة، تقبل بينته، لأنه أثبت الشرط بالبينة فتقبل بينته، كما لو أثبت الخيار بالبينة، ثم هذا التفريع على ظاهر الرواية عن أبي حنيفة رحمه الله، لأنه يعتبر المواضعة السابقة، فأما على رواية أبي يوسف عنه، فلا يجيء هذا التفريع، لأنه يعتبر العقد الظاهر فلا يلتفت إلى هذه الدعوى لأنها وإن صحت لا تؤثر في البيع الظاهر.

وذكر القاضي في شرحه «**مختصر الطحاوي**» الخلاف بين أبي حنيفة وصاحبيه فقال: على قول أبي حنيفة: القول قول من يدعي جواز البيع، وعلى قولهما: القول قول من يدعي التلجئة، والعقد فاسد.

ولو اتفقا على التلجئة، ثم قالا عند البيع كل شرط كان بيننا فهو باطل، تبطل التلجئة، ويجوز البيع، لأنه شرط فاسد زائد فاحتمل السقوط بالإسقاط، ومتى سقط صار العقد جائزاً إلا إذا اتفقا عند المواضعة وقالا: إن ما نقوله عند البيع أن كل شرط بيننا فهو باطل، فذلك القول منا باطل، فإذا قالا ذلك لا يجوز العقد، لأنهما اتفقا على أن ما يبطلانه من الشرط عند العقد باطل، إلا إذا حكيا في العلانية ما قالا في السر فقالا: إنا شرطنا كذا وكذا وقد أبطلنا ذلك، ثم تبايعا، فيجوز البيع، ثم كما لا يجوز/ بيع التلجئة لا يجوز [ب/٥١/م] الإقرار بالتلجئة، بأن يقول لآخر: إني أقر لك في العلانية بمالي، أو بداري، وتواضعا على فساد الإقرار، لا يصح إقراره حتى لا يملكه المقر له، والله سبحانه وتعالى أعلم.

وأما الذي يخص بعض البياعات دون بعض فأنواع أيضاً:

منها: أن يكون الأجل معلوماً في بيع فيه أجل، فإن كان مجهولاً لا يفسد البيع، سواء كانت الجهالة متفاحشةً كهبوب الريح، ومطر السماء، وقدوم فلان، وموته، والميسرة، ونحو ذلك، أو متقاربة كالحصاد، والدياس، والنيروز، والمهرجان، وقدوم الحاج، وخروجهم، والجذاذ، والجزار، والقطاف، والميلاد، وصوم النصارى، وفطرهم قبل دخولهم في صومهم، ونحو ذلك، لأن الأول فيه غرر الوجود والعدم.

والنوع الثاني: مما يتقدم ويتأخر فيؤدي إلى المنازعة، فيوجب فساد البيع، ولو باع العين بثمن دين إلى أجل مجهول جهالة متقاربة، ثم أبطل المشتري الأجل قبل محله، وقبل أن يفسخ العقد بينهما لأجل الفساد، جاز العقد عند أصحابنا الثلاثة، وعند زفر لا يجوز، ولو لم يبطل حتى حل الأجل، وأخذ الناس في الحصاد، ثم أبطل لا يجوز العقد بالإجماع.

وإن كانت الجهالة متفاحشةً، فأبطل المشتري الأجل قبل الافتراق، ونقد الثمن، جاز البيع عندنا،

وعند زفر لا يجوز، ولو افترقا قبل الإبطال لا يجوز بالإجماع، وعلى هذا إذا باع بشرط الخيار، ولم يوقت للخيار وقتاً معلوماً بأن قال أبداً، أو أياماً، أو لم يذكر الوقت حتى فسد البيع بالإجماع.

ثم أن صاحب الخيار أبطل خياره قبل مضي ثلاثة أيام قبل أن يفسخ العقد بينهما، جاز البيع عندنا خلافاً لزفر رحمه الله؛ وإن أبطل بعد مضي الأيام الثلاثة لا يجوز العقد عند أبي حنيفة رحمه الله وزفر، وعند أبي يوسف ومحمد: يجوز، وإن وقت وقتاً معلوماً بأن قال: أربعة أيام، أو شهراً، فأبطل الخيار قبل مضي ثلاثة أيام، وقبل أن يفسخ العقد بينهما لأجل الفساد جاز عندنا، وعند زفر: لا يجوز، وعندهما: هذا الخيار جائز، ولو مضت الأيام الثلاثة، ثم أبطل صاحب الخيار خياره لا يجوز البيع بالإجماع.

وعلى هذا لو عقدا عقد السلم بشرط الخيار حتى فسد السلم، ثم إن صاحب الخيار أبطل خياره قبل الافتراق، جاز السلم عندنا إذا كان رأس المال قائماً في يده، ولو افترقا/ [أ/٥٢/م] قبل الإبطال، ثم أبطل لا يجوز بالإجماع.

وعلى هذا إذ اشترى ثوباً برقمه، ولم يعلم المشتري رقمه حتى فسد البيع ثم علم رقمه، فإن علم قبل الإفتراق، واختار البيع جاز البيع عندنا، وعند زفر: لا يجوز وإن كان بعد الافتراق لا يجوز بالإجماع.

والأصل عند زفر أن البيع إذا انعقد على الفساد، لا يحتمل الجواز بعد ذلك برفع المفسد، والأصل عندنا أنه ينظر إلى الفساد، فإن كان قوياً بأن دخل في صلب العقد وهو البدل، أو المبدل، لا يحتمل الجواز برفع المفسد كما قال زفر إذا باع عبداً بألف درهم، ورطل من خمر، فحط الخمر عن المشتري، وإن كان ضعيفاً لم يدخل في صلب العقد، بل في شرط جائز يحتمل الجواز برفع المفسد، كما في البيع بشرط خيار لم يوقت، أو وقت إلى وقت مجهول كالحصاد، والدياس، أو لم يذكر الوقت، وكما في بيع الدين بالدين إلى أجل مجهول على ما ذكرنا.

ثم اختلف مشايخنا في العبارة عن هذا العقد، قال مشايخ العراق: أنه انعقد فاسداً لكن فساداً غير متقرر، فإن أبطل الشرط قبل تقرره بأن لم يدخل وقت الحصاد، أو اليوم الرابع ينقلب إلى الجواز وإن لم يبطل حتى دخل، تقرر الفساد، وهو قول بعض مشايخنا بما وراء النهر.

وقال مشايخ خراسان، وبعض مشايخنا بما وراء النهر: العقد موقوف إن أسقط الشرط قبل وقت الحصاد واليوم الرابع تبين أنه كان جائزاً من الأصل، وإن لم يسقط حتى دخل اليوم الرابع أو أوان الحصاد تبين أنه وقع فاسداً من حين وجوده.

وذكر عن الحسن بن زياد رحمه الله أنه قال: قال أبو حنيفة: لو أن رجلاً اشترى عبداً على أنه بالخيار أكثر من ثلاثة أيام، فالبيع موقوف، فإن قال المشتري قبل مضي الثلاث: أنا أبطل خياري، واستوجب المبيع قبل أن يقول البائع شيئاً، كان له ذلك وتم البيع وعليه الثمن، ولم يكن للبائع أن يبطل البيع، وإن قال البائع: قد أبطلت البيع قبل أن يبطل المشتري/ [ب/٥٢/م] خياره بطل البيع ولم يكن للمشتري أن يستوجبه بعد ذلك، وأن يبطل خياره، فقد نص على التوقف وفسره، حيث جعل للبائع حق الفسخ قبل إجازة المشتري، وهذا أمارة البيع الموقوف أن يكون لكل واحد من العاقدين حق الفسخ.

وجه قول زفر: أن هذا بيع انعقد بوصف الفساد من حين وجوده، فلا يتصور أن ينقلب جائزاً لما فيه من الاستحالة. ولهذا لم ينقلب إلى الجواز إذا دخل اليوم الرابع، أو وقت الحصاد والدياس.

ولنا: طريقان **أحدهما**: أن هذا العقد موقوف للحال، لا يوصف بالفساد ولا بالصحة، لأن الشرط المذكور يحتمل أن يكون مفسداً حقيقة، ويحتمل أن لا يكون، فإذا سقط قبل دخول أوان الحصاد واليوم الرابع، تبين أنه ليس بمفسد، لأنه تبين أنه ما شرط الأجل والخيار إلا إلى هذا الوقت، فتبين أن العقد وقع صحيحاً مفيداً للملك بنفسه من حين وجوده، كما لو أسقط الأجل الصحيح والخيار الصحيح، وهو خيار ثلاثة أيام بعد مضي يوم، وإن لم يسقط حتى مضت الأيام الثلاثة، ودخل الحصاد، تبين أن الشرط كان إلى هذا الوقت وأنه شرط مفسد.

والثاني: أن العقد في نفسه مشروع لا يحتمل الفساد على ما عرف، وكذا أصل الأجل والخيار لأنه ملائم للعقد، وأنه يوصف العقد بالفساد للحال لا لعينه، بل لمعنى مجاور له زائد عليه، وعلى أصل الأجل والخيار وهو الجهالة وزيادة الخيار على المدة المشروعة، فإن سقط قبل دخول وقت الحصاد أو اليوم الرابع، فقد أسقط المفسد قبل تقرره فزال الفساد، فبقي العقد مشروعاً كما كان من غير وصف الفساد، وإذا دخل الوقت فقد تقرر المفسد، فتقرر الفساد، والفساد بعد تقرره لا يحتمل الزوال.

وقوله: العقد ما وقع فاسداً من حين وجوده، قلنا: على الطريق الأول ممنوع بل هو موقوف، وعلى الطريق الثاني مسلم لكن لا لعينه بل لغيره، وهو الشرط المجاور المفسد، وقد أسقط المفسد قبل تقرره، فزال الفساد الثابت لمعنى في غيره، فبقي مشروعاً والله سبحانه وتعالى الموفق/ . [أ/ ٥٣/م]

ولو باع بثمن حال ثم أخر إلى الآجال المتقاربة، جاز التأخير، ولو أخر إلى الآجال المتفاحشة لم يجز، والدين على حاله حال فرق بين التأجيل والتأخير لم يجوز التأجيل إلى هذه الآجال أصلاً، وجوز التأخير إلى المتقارب منها.

ووجه الفرق: أن التأجيل في العقد جعل الأجل شرطاً في العقد. وجهالة الأجل المشروط في العقد وإن كانت متقاربة توجب فساد العقد، لأنها تفضي إلى المنازعة. فأما التأخير إلى الآجال المجهولة جهالة متقاربة، فلا تفضي إلى المنازعة لأن الناس يؤخرون الديون إلى هذه الآجال عادة، ومبنى التأخير على المسامحة، فالظاهر أنهم يسامحون ولا ينازعون. وما جرت العادة منهم بالتأخير إلى آجال تفحش جهالتها، بخلاف التأجيل، لأن ما جعل شرطاً في البيع مبناه على المضايقة، فالجهالة فيها وإن قلت تفضي إلى المنازعة. ولهذا لا يجوز البيع إلى الآجال المتقاربة. وجازت الكفالة إليها لأن مبنى الكفالة على المسامحة. فإن المكفول له لا يضيق الأمر على الكفيل عادة، لأن له سبيل الوصول إلى الدين من جهة الأصيل. فالتأجيل إليها لا يفضي إلى المنازعة بخلاف البيع. فإن الجهالة في باب البيع مفضية إلى المنازعة، فكانت مفسدة للبيع.

ولو اشترى عيناً بثمن دين على أن يسلم إليه الثمن في مصر آخر. فهذا لا يخلو إما أن يكون الثمن مما لا حمل له ولا مؤونة، وإما أن يكون مما له حمل ومؤونة، وعلى كل ذلك لا يخلو من أن ضرب له الأجل، أو

لم يضرب، فإن لم يضرب له الأجل، فالبيع فاسد سواء كان الثمن له حمل ومؤونة، أو لم يكن، لأنه إذا لم يضرب له الأجل كان شرط التسليم في موضع على سبيل التأجيل، وأنه أجل مجهول فيوجب فساد العقد.

وروي عن أبي يوسف رحمه الله، أن الثمن إذا كان لا حمل له ولا مؤونة فالبيع جائز، لأن شرط التأجيل في مكان آخر ليس بتأجيل حقيقة، بل هو تخصيص التسليم بمكان آخر، فيجوز البيع ويجبر المشتري على تسليم الثمن في أي موضع طالبه.

[ب/٥٣/م] وإن ضرب له أجلاً على أن يسلم إليه الثمن بعد محل الأجل في مصر آخر، فإن/ كان الأجل مقدار ما لا يمكن الوصول إلى الموضع المشروط في قدر تلك المدة فالبيع فاسد أيضاً، لأنه إذا كان لا يمكن الوصول فيه إلى الموضع المشروط صار كأن لم يضرب، وإن كان ضرب أجلاً يمكن الوصول فيه إلى المكان المشروط فالبيع صحيح، والتأجيل صحيح، لأنه إذا ضرب له أجلاً يمكن الوصول فيه إلى ذلك المكان، علم أن شرط التسليم في ذلك المكان لم يكن على سبيل التأجيل، بل على تخصيص ذلك المكان بالتسليم فيه، فإذا حل الأجل وطالبه البائع بالثمن في غير المكان المشروط، ينظر إن كان الثمن مما ليس له حمل ولا مؤونة يجبر المشتري على تسليمه في أي موضع طالبه البائع بعد حل الأجل، وإن كان الثمن له حمل ومؤونة لا يجبر على تسليمه إلا في الموضع المشروط.

وكذلك لو أراد المشتري أن يسلمه في غير المكان المشروط، وأبى البائع ذلك إلا في الموضع المشروط، فهو على هذا التفصيل، ولو كان الثمن عيناً فشرط تسليمه في مصر آخر فالبيع فاسد، سواء شرط الأجل أو لم يشرط، لأن فيه غرراً، والله سبحانه وتعالى أعلم.

ومنها: القبض في بيع المشترى المنقول، فلا يصح بيعه قبل القبض لما روي أن النبي عليه الصلاة والسلام: «نَهَى عَنْ بَيعِ مَا لَمْ يُقْبَضْ»[1] والنهي يوجب فساد المنهي، ولأنه بيع فيه غرر الانفساخ بهلاك المعقود عليه، لأنه إذا هلك المعقود عليه قبل القبض يبطل البيع الأول، فينفسخ الثاني، لأنه بناه على الأول وقد: «نَهى رسولُ اللَّهِ صلى اللَّهُ عليهِ وسلّم عَنْ بيعٍ فيهِ غررٌ»[2] وسواء باعه من غير بائعه، أو من بائعه لأن النهي مطلق لا يوجب الفصل بين البيع من غير بائعه، وبين البيع من بائعه، وكذا معنى الغرر لا يفصل بينهما، فلا يصح الثاني والأول على حاله ولا يجوز إشراكه وتوليته لأن كل ذلك بيع.

---

(١) أخرجه الشافعي (٢/ ١٤٢) والطيالسي برقم (٢٦٠٢).
وأحمد في «المسند» (٢/ ٢٧٠) و (٣٦٩) وعبد الرزاق في «مصنفه» برقم (١٤٢١١) والبخاري في «صحيحه» في البيوع، باب بيع الطعام قبل أن يقبض وبيع ما ليس عندك برقم (٢١٣٥).
ومسلم في «صحيحه» في البيوع، باب بطلان بيع المبيع قبل القبض برقم (١٥٢٥).
وأبو داود في البيوع، باب بيع الطعام قبل أن يستوفى برقم (٣٤٩٧). والترمذي في «جامعه» في البيوع، باب في كراهية بيع الطعام حتى يستوفيه (١٢٩١).
والنسائي في «المجتبى» (٧/ ٢٨٥) في البيوع، باب بيع الطعام قبل أن يستوفى.
وابن ماجة في «سننه» في التجارات، باب النهي عن بيع الطعام قبل ما لم يقبض برقم (٢٢٢٧) عن ابن عباس رضي الله عنهما مرفوعاً بألفاظ متقاربة.
(٢) تقدم تخريجه.

ولو قبض نصف المبيع دون النصف فأشرك رجلاً، لم يجز فيما لم يقبض وجاز فيما قبض، لأن الإشراك نوع بيع، والمبيع منقول فلم يكن غير المقبوض محلاً له شرعاً، فلم يصح في غير المقبوض وصح في قدر المقبوض، وله الخيار لتفرق الصفقة عليه، ولا تجوز إجارته، لأن الإجارة تمليك/ المنفعة بعوض، [أ/٥٤/م] وملك المنفعة تابع لملك العين، ولا يجوز فيه تمليك العين فلا يجوز تمليك المنفعة، ولأن الإجارة عقد يحتمل الفسخ، فيتمكن فيه غرر الانفساخ بهلاك المعقود عليه. ولأن ما روينا من النهي يتناول الإجارة، لأنها نوع بيع وهو بيع المنفعة.

ويجوز إعتاقه بعوض وغير عوض. وكذا تدبيره واستيلاده، بأن كانت أمة فأقر أنها كانت ولدت له، لأن جواز هذه التصرفات يعتمد قيام ملك الرقبة وقد وجد، بخلاف البيع فإن صحته تفتقر إلى ملك الرقبة واليد جميعاً، لافتقاره إلى التسليم.

وكذا الإجارة بخلاف الإعتاق والتدبير. ولأن المانع هو القبض، وبهذه التصرفات يصير قابضاً، على ما نذكره في موضعه إن شاء الله تعالى. ولأن الفساد لتمكن الغرر، وهو غرر انفساخ العقد بهلاك المعقود عليه لما نذكره. وهذه التصرفات مما لا يحتمل الانفساخ فلم يوجد فلزم الجواز بدليله. وهل تجوز كتابته، لا رواية فيه عن أصحابنا فاحتمل أن يقال: لا يجوز قياساً على البيع، لأن كل واحد منهما مما يحتمل الفسخ والإقالة. وجائز أن يقال: يجوز فرقاً بينها وبين البيع، لأنها أوسع إضراراً من البيع.

وروي عن أبي يوسف: إذا كاتبه المشتري قبل القبض فللبائع أن يبطله، فإن لم يبطله حتى نقد المشتري الثمن جازت الكتابة، ذكرها في «العيون»[1]، ولو وهبه من البائع، فإن لم يقبله لم تصح الهبة والبيع على حاله، لأن الهبة لا تصح بدون القبول، فإن قبله البائع لم تجز الهبة، لأنها تمليك المبيع قبل القبض، وأنه لا يجوز كالبيع وانفسخ البيع بينهما، ويكون إقالة للبيع، فرق بين الهبة من البائع وبين البيع منه، حيث جعل الهبة منه إقالة دون البيع منه.

ووجه الفرق: أن بين الهبة والإقالة مقاربة، فإن كل واحد منهما يستعمل في إلحاق ما سلف بالعدم، يقال: وهبت منك جريمتك كما يقال: أقلت عثرتك، أو جعلت ذلك كالعدم في حق المؤاخذة به.

ألا ترى أنه يستعمل كل واحد منهما مكان الآخر، فأمكن جعل الهبة مجازاً عن الإقالة عند تعذر العمل بالحقيقة، بخلاف/ البيع فإنه لا مقاربة بينه وبين الإقالة فتعذر جعله مجازاً عنها فوقع لغواً، وكذلك لو [ب/٥٤/م] تصدق به عليه، فهو على التفصيل الذي ذكرنا.

ولو وهب لغير البائع، أو تصدق به على غير البائع وأمر بالقبض من البائع، أو رهنه عند آخر وأمره أن يقبض من البائع فقبضه بأمره، أو أقرضه وأمره بالقبض، لم تجز هذه العقود كلها عند أبي يوسف، وعند محمد جازت.

وجه قول محمد: أن صحة هذه العقود بالقبض، فإذا أمره بالقبض فقد أنابه مناب نفسه في القبض،

---

(١) العيون: تقدم الكلام عليه.

فصار بمنزلة الوكيل له، فإذا قبض بأمره يصير قابضاً عنه أولاً بطريق النيابة، ثم لنفسه فيصح، ولأبي يوسف أن جواز هذه العقود مبني على الملك المطلق، وهو ملك الرقبة واليد جميعاً، لأن به يقع الأمن عن غرر الانفساخ بهلاك المعقود عليه، وغرر الانفساخ ههنا ثابت، فلم يكن الملك مطلقاً فلم يجز.

ولو أوصى به لرجل قبل القبض، ثم مات جازت الوصية، لأن الوصية أخت الميراث. ولو مات قبل القبض، صار ذلك ميراثاً لورثته كذا الوصية. ولو قال المشتري للبائع: بعه لي لم يكن نقضاً بالإجماع وإن باعه لم يجز بيعه. ولو قال: بعه لنفسك كان نقضاً بالإجماع. ولو قال: بعه مطلقاً كان نقضاً عند أبي حنيفة، ومحمد، وعند أبي يوسف: لا يكون نقضاً.

وجه قوله: أن إطلاق الأمر بالبيع ينصرف إلى البيع للآمر لا للمأمور، لأن الملك له لا للمأمور، فصار كأنه قال له: بعه لي. ولو نص عليه لا يكون نقضاً للبيع، لأنه أمره ببيع فاسد فكذا هذا.

ولهما: أن مطلق الأمر بالبيع يحمل على بيع صحيح يصح. ولو حملناه على البيع للآمر لما صح، لأنه يكون أمراً ببيع من لا يملك بنفسه، فلا يصح فيحمل على البيع لنفسه كأنه نص عليه فقال: بعه لنفسك، ولا يتحقق البيع لنفسه إلا بعد انفساخ البيع الأول، فيتضمن الأمر بالبيع لنفسه انفساخ البيع الأول فينفسخ مقتضى الأمر، كما في قول الرجل لغيره: أعتق عبدك عني على ألف درهم. ولو قال/ المشتري للبائع: أعتقه، فأعتقه البائع، فإعتاقه جائز عن نفسه عند أبي حنيفة، وعند أبي يوسف إعتاقه باطل. [١/٥٥م]

وجه قول أبي يوسف: أن مطلق الأمر بالإعتاق ينصرف إلى الإعتاق عن الآمر لا عن نفسه، لأن الملك للآمر والإعتاق عنه بمنزلة القبض، والبائع لا يصلح نائباً عن المشتري في القبض عنه، فلا يصلح نائباً عنه في الإعتاق. ولأبي حنيفة رحمه الله: أن الأمر بالإعتاق يحمل على وجه يصح. ولو حمل على الإعتاق عن الآمر لم يصح لما ذكرتم، فيحمل على الإعتاق عن نفسه. فإذا أعتق يقع عنه.

وأما بيع المشتري العقار قبل القبض. فجائز عند أبي حنيفة، وأبي يوسف استحساناً.

وعند محمد، وزفر، والشافعي[1] رحمهم الله: لا يجوز قياساً.

واحتجوا بعموم النهي الذي روينا. ولأن القدرة على القبض عند العقد شرط صحة العقد لما ذكرنا، ولا قدرة إلا بتسليم الثمن وفيه غرر.

ولهما: عمومات البياعات من الكتاب العزيز من غير تخصيص. ولا يجوز تخصيص عموم الكتاب بخبر الواحد عندنا، أو نحمله على المنقول توفيقاً بين الدلائل صيانة لها عن التناقض ولأن الأصل في ركن البيع إذا صدر من الأهل في المحل هو الصحة، والامتناع لعارض الغرر، وهو غرر انفساخ العقد بهلاك المعقود عليه، ولا يتوهم هلاك العقار فلا يتقرر الغرر، فبقي بيعه على حكم الأصل، وكما لا يجوز بيع المشترى المنقول قبل القبض، لا يجوز بيع الأجرة المنقولة قبل القبض إذا كانت عيناً، وبدل الصلح المنقول إذا كان عيناً.

والأصل: أن كل عوض ملك بعقد ينفسخ فيه العقد بهلاكه قبل القبض، لا يجوز التصرف فيه كالمبيع،

(١) انظر «الأم» (٢/ ٦٣).

والأجرة، وبدل الصلح إذا كان منقولاً معيناً، وكل عوض ملك بعقد لا ينفسخ العقد فيه بهلاكه قبل القبض يجوز التصرف فيه، كالمهر، وبدل الخلع، وبدل العتق، وبدل الصلح عن دم العمد، وفقه هذا الأصل ما ذكرنا أن الأصل هو الصحة في التصرف الصادر من الأهل، المضاف إلى المحل، والفساد بعارض غرر الانفساخ/ ولا يتوهم ذلك في هذه التصرفات، لأنها لا تحتمل الفسخ فكان القول بجواز هذه التصرفات [ب/٥٥/م] عملاً بالأصل وأنه واجب، وكذلك الميراث يجوز التصرف فيه قبل القبض، لأن معنى الغرر لا يتقرر فيه، ولأن الوارث خلف الميت في ملك الموروث، وخلف الشيء قائم مقامه، كأنه هو فكان المورث قائم، ولو كان قائماً لجاز تصرفه فيه كذا الوارث.

وكذلك الموصى به، بأن أوصى إلى إنسان بشيء، ثم مات الموصي فللموصى له أن يتصرف قبل القبض، لأن الوصية أخت الميراث، ويجوز التصرُف في الميراث قبل القبض فكذا في الموصى به، وهل يجوز بيع المقسوم بعد القسمة قبل القبض، ينظر إن كان ما وقع عليه القسمة مما يجبر عليه الشركاء إذا طلبها واحد منهم، جاز لواحد منهم أن يبيع نصيبه بعد القسمة قبل القبض، سواء كان منقولاً أو غير منقول، لأن القسمة في مثله إفراز.

وإن كان مما لا يجبر عليه الشركاء عند طلب واحد منهم، كالأشياء المختلفة، والرقيق على قول أبي حنيفة لا يجوز بيعه قبل القبض إن كان منقولاً، وإن كان عقاراً فعلى الاختلاف الذي ذكرنا، لأن قسمة هذه الأشياء فيها معنى المبادلة، فتشبه البيع، والله عز اسمه أعلم.

وأما بيع الدين قبل القبض، فنقول وبالله التوفيق: الديون أنواع: منها ما لا يجوز بيعه قبل القبض، ومنها ما يجوز: أما الذي لا يجوز بيعه قبل القبض فنحو رأس مال السلم لعموم النهي، ولأن قبضه في المجلس شرط، وبالبيع يفوت القبض حقيقة، وكذا المسلم فيه، لأنه مبيع لم يقبض، وكذا لو باع رأس مال السلم بعد الإقالة قبل القبض لا يجوز استحساناً، والقياس أن يجوز، وهو قول زفر.

وجه القياس: أن عقد السلم ارتفع بالإقالة لأنها فسخ، وفسخ العقد رفعه من الأصل وجعله كأنه لم يكن، وإذا ارتفع العقد من الأصل عاد رأس المال إلى قديم ملك رب المال، فكان محلاً للاستبدال كما كان قبل السلم، ولهذا يجب قبض رأس المال بعد الإقالة في مجلس الإقالة.

وجه/ الاستحسان: عموم النهي الذي روينا إلا من حيث خص بدليل، وفي الباب نص خاص، وهو ما [أ/٥٦/م] روىٰ أبو سعيد الخدري رضي الله عنه، عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال لرب السلم: «**لا تَأْخُذْ إلا سَلَمَكَ أو رأسَ مَالِكَ**»[1]. وفي رواية: «**خُذْ سلمكَ أو رأسَ مَالِكَ**»[2].

---

(١) أخرجه بمعناه أبو داود في «**سننه**» في البيوع والإجارات في باب السلف لا يحول برقم (٣٤٦٨) وابن ماجة في «**سننه**» في الإجارة برقم (٢٤٨٣) بلفظ: «من أسلف في شيء فلا يصرفه إلى غيره».

قال الزيلعي في «**نصب الراية**»: رواه الترمذي في «**علله الكبير**» وقال: لا أعرفه مرفوعاً إلا من هذا الوجه وهو حديث حسن (٥١/٤).

(٢) أخرجه البخاري في «**صحيحه**» في السلم، باب السلم في كيل معلوم برقم (٢٢٣٩) وفي باب السلم في وزن معلوم برقم (٢٢٤٠) و (٢٢٤١). =

نهى النبي عليه الصلاة والسلام رب السلم عن الأخذ عاماً، واستثنى أخذ السلم، أو رأس المال فبقي أخذ ما وراءهما على أصل النهي.

وكذا إذا انفسخ السلم بعد صحته لمعنى عارض، نحو ذمي أسلم إلى ذمي عشرة دراهم في خمر ثم أسلما، أو أسلم أحدهما قبل قبض الخمر حتى بطل السلم، ووجب على المسلم إليه رد رأس المال، لا يجوز لرب السلم الاستبدال استحساناً لما روينا.

ولو كان السلم فاسداً من الأصل ووجب على المسلم إليه رد رأس المال لفساد السلم يجوز الاستبدال، لأن السلم إذا كان فاسداً في الأصل لا يكون له حكم السلم فكان رأس مال السلم بمنزلة سائر الديون، من القرض، وثمن المبيع، وضمان الغصب والاستهلاك.

وأما بدل الصرف، فلا يجوز بيعه قبل القبض في الابتداء وهو حال بقاء العقد، ويجوز في الانتهاء وهو ما بعد الإقالة، بخلاف رأس مال السلم فإنه لا يجوز بيعه في الحالين.

ووجه الفرق: أن القياس جواز الاستبدال بعد الإقالة في الناس جميعاً، لما ذكرنا أن الإقالة فسخ، وفسخ العقد رفعه من الأصل كأن لم يكن، ولو لم يكن العقد لجاز الاستبدال فكذا إذا رفع، وألحق بالعدم، فكان ينبغي أن يجوز الاستبدال فيهما جميعاً، إلا أن الحرمة في باب السلم ثبتت نصاً بخلاف القياس، وهو ما روينا، والنص ورد في السلم فبقي جواز الاستبدال بعد الإقالة في الصرف على الأصل.

وكذا الثياب الموصوفة في الذمة المؤجلة، لا يجوز بيعها قبل القبض للنهي سواء كان ثبوتها في الذمة بعقد السلم، أو غيره، لأن الثياب كما تثبت في الذمة مؤجلة بطريق السلم، تثبت ديناً في الذمة مؤجلة لا بطريق السلم، بأن باع عبداً بثوب موصوف/ في الذمة مؤجل فإنه يجوز بيعه، ولا يكون جوازه بطريق السلم بدليل أن قبض العبد ليس بشرط، وقبض رأس مال السلم شرط جواز السلم. [ب/٥٦/٥]

وكذا إذا أجر داره بثوب موصوف في الذمة مؤجل جازت الإجارة ولا يكون سلماً، وكذا لو ادعى عيناً في يد رجل فصالحه من دعواه على ثوب موصوف في الذمة مؤجل جاز الصلح، ولا يكون هذا سلماً؛ ولا يجوز الاستبدال به كما لا يجوز بالمسلم فيه، وإن لم يكن ثبوته بعقد السلم، فهذه جملة الديون التي لا يجوز بيعها قبل القبض، وما سواها من ثمن المبيع، والقرض، وقيمة المغصوب، والمستهلك، ونحوها فيجوز بيعها ممن عليه قبل القبض.

وقال الشافعي رحمه الله: ثمن المبيع إذا كان عيناً لا يجوز بيعه قبل القبض قولاً واحداً، وإن كان ديناً لا يجوز في أحد قوليه أيضاً، بناء على أن الثمن والمثمن عنده من الأسماء المترادفة يقعان على مسمى واحد، فكان كل واحد منهما مبيعاً فكان بيع المبيع قبل القبض، وكذا النهي عن بيع ما لم يقبض عام لا يفصل بين المبيع والثمن.

= ومسلم في «صحيحه» في المساقاة، باب السلم برقم (١٦٠٤) عن عبد الله بن عباس رضي الله عنهما قال: «قدم رسول الله ﷺ المدينة وهم يسلفون في الثمار السَّنة والسنتين والثلاث، فقال: «من أسلف في شيء، فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم».

وأما على أصلنا فالمبيع والثمن من الأسماء المتباينة في الأصل، يقعان على معنيين متباينين على ما نذكره إن شاء الله تعالى في موضعه، ولا حجة له في عموم النهي، لأن بيع ثمن المبيع ممن عليه صار مخصوصاً بحديث عبد الله بن عمر رضي الله عنهما على ما نذكره.

وأما بيع هذه الديون من غير من عليه، والشراء بها من غير من عليه فينظر إن أضاف البيع والشراء إلى الدين لم يجز، بأن يقول لغيره: بعت منك الدين الذي في ذمة فلان بكذا، أو يقول: اشتريت منك هذا الشيء بالدين الذي في ذمة فلان، لأن ما في ذمة فلان غير مقدور التسليم في حقه، والقدرة على التسليم شرط انعقاد العقد على ما مر، بخلاف البيع والشراء بالدين ممن عليه الدين، لأن ما في ذمته مسلم له وإن لم يضف العقد إلى الدين الذي عليه جاز.

ولو اشترى شيئاً بثمن دين ولم يضف العقد إلى الدين حتى جاز، ثم أحال البائع على غريمه بدينه الذي له عليه جازت الحوالة، سواء كان الدين الذي أحيل به ديناً يجوز بيعه قبل القبض أو لا يجوز كالسلم/ [أ/٥٧/م] ونحوه.

وذكر الطحاوي رحمه الله: أنه لا تجوز الحوالة بدين لا يجوز بيعه قبل القبض، وهذا غير سديد، لأن هذا توكيل بقبض الدين، فإن المحال له يصير بمنزلة الوكيل للمحيل بقبض دينه من المحتال له، والتوكيل بقبض الدين جائز أي دين كان، ويكون قبض وكيله كقبض موكله.

ولو باع هذا الدين ممن عليه الدين جاز، بأن اشترى منه شيئاً بعينه بدينه الذي له في ذمته، لأنه باع ما هو مقدور التسليم عند الشراء، لأن ذمته في يده، بخلاف الأول، وكذا إذا صالح معه من دينه على شيء بعينه جاز الصلح، والله سبحانه وتعالى أعلم.

ومنها: أن يكون البدل منطوقاً به في أحد نوعي المبادلة، وهي المبادلة القولية، فإن كان مسكوتاً عنه فالبيع فاسد، بأن قال: بعت منك هذا العبد وسكت عن ذكر الثمن، فقال المشتري: اشتريت، لما ذكرنا أن البيع في اللغة مبادلة شيء مرغوب بشيء مرغوب، وفي الشرع مبادلة المال بالمال، فإذا لم يكن البدل منطوقاً به ولا بيع بدون البدل إذ هو مبادلة كان بدله قيمته فكان هذا بيع العبد بقيمته، وأنه فاسد وهكذا السبيل في البياعات الفاسدة أنها تكون بيعاً بقيمة المبيع، على ما نذكر في موضعه.

هذا إذا سكت عن ذكر الثمن، فأما إذا نفاه صريحاً بأن قال بعتك هذا العبد بغير ثمن، أو بلا ثمن، فقال المشتري: اشتريت، اختلف المشايخ فيه، قال بعضهم: هذا والسكوت عن الثمن سواء والبيع فاسد، وقال بعضهم: البيع باطل.

وجه قول الأولين أن قوله: بلا ثمن باطل، لأن البيع عقد مبادلة فكان ذكره ذكراً للبدل، فإذا قال: بغير ثمن فقد نفى ماأثبته فبطل قوله بلا ثمن، وبقي قوله بعت مسكوتاً عن ذكر الثمن، فكأنه باع وسكت عن ذكر الثمن.

وجه قول الآخرين أن عند السكوت عن ذكر الثمن يصير البدل مذكوراً بطريق الدلالة، فإذا/ نص على [ب/٥٧/م]

نفي الثمن بطلت الدلالة فلم يكن هذا بيعاً أصلاً والله سبحانه وتعالى أعلم.

ومنها: الخلو عن الربا وإن شئت قلت:

ومنها: المماثلة بين البدلين في أموال الربا، حتى لو انتفت فالبيع فاسد لأنه بيع ربا، والبيع الذي فيه ربا فاسد، لأن الربا حرام بنص الكتاب الكريم، قال الله عز وجل: ﴿وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾[1] والكلام في مسائل الربا في الأصل في ثلاثة مواضع:

أحدها: في بيان الربا في عرف الشرع أنه ما هو،

والثاني: في بيان علته أنها ما هي،

والثالث: في بيان شرط جريان الربا.

أما الأول: فالربا في عرف الشرع نوعان: ربا الفضل وربا النساء.

أما ربا الفضل: فهو زيادة عين مال، شرطت في عقد البيع على المعيار الشرعي وهو الكيل، أو الوزن في الجنس عندنا، وعند الشافعي[2] هو: زيادة مطلقة في المطعوم خاصة، عند اتحاد الجنس خاصة.

وأما ربا النساء: فهو فضل الحلول على الأجل، وفضل العين على الدين في المكيلين، أو الموزونين، عند اختلاف الجنس أو في غير المكيلين، أو الموزونين عند اتحاد الجنس عندنا، وعند الشافعي[3] رحمه الله هو: فضل الحلول على الأجل في المطعومات والأثمان خاصة، والله تعالى أعلم.

وأما الثاني: وهو بيان العلة فنقول: الأصل المعلول في هذا الباب بإجماع القائسين الحديث المشهور، وهو ما روى أبو سعيد الخدري وعبادة بن الصامت رضي الله عنهما، عن النبي ﷺ أنه قال: «**الحنطةُ بالحِنْطَةِ مِثْلاً بمثل يداً بيد والفضلُ ربا، والشعيرُ بالشعيرِ مثلاً بمثلٍ يداً بيدٍ والفضلُ رباً، والتمرُ بالتّمرِ مِثْلاً بمثلٍ يَدَاً بيدٍ والفضلُ رباً، والملحُ بالملحِ مثلاً بمثلٍ يداً بيدٍ والفضلُ رباً، والفضةُ بالفضةِ مثلاً بمثلٍ يداً بيدٍ والفضلُ رباً، والذهبُ بالذهبِ مثلاً بمثلٍ يداً بيدٍ والفَضْلُ رباً**»[4] أي بيعوا الحنطة بالحنطة مثلاً بمثل يداً بيد.

وروي: مثل بمثل بالرفع، أي بيع الحنطة بالحنطة، مثل بمثل، يد/ بيد جائز، فهذا النص معلول باتفاق [أ/٥٨/م]

---

(١) سورة البقرة، الآية: (٢٧٥).

(٢) في «الأم» (٣/١٥).

(٣) كما في الأم (٣/١٦).

(٤) هما حديثان: أما حديث أبي سعيد الخدري رضي الله عنه فقد أخرجه مالك في «الموطأ» (٢/ ٦٣٢ ـ ٦٣٣) والشافعي في «مسنده» (٢/١٥٧) وفي «الرسالة» (٧٩٨).
والبخاري في «صحيحه» في البيوع، باب الفضة بالفضة برقم (٢١٧٧) وبرقم (٢١٣٤) وبرقم (٢١٧٤) بألفاظ متقاربة.
ومسلم في «صحيحه» في المساقاة، باب الربا برقم (١٩٨٤) وغيرهم وأما حديث عبادة رضي الله عنه فقد أخرجه الشافعي في «مسنده» (٢/١٥٧) وابن أبي شيبة في «مصنفه» (٧/١٠٣ ـ ١٠٤).
ومسلم في «صحيحه» في المساقاة، باب الصرف وبيع الذهب بالورق نقداً برقم (١٥٨٧).
وأبو داود في «سننه» في البيوع، باب في الصرف برقم (٣٣٤٩) والترمذي في «جامعه» في البيوع، باب ما جاء أن الحنطة بالحنطة مثلاً بمثل (١٢٤٠) وابن ماجه في «سننه» في التجارات، باب الصرف وما لا يجوز متفاضلاً يداً بيد برقم (٤٤٥٤) والبيهقي في «الكبرى» (٥/٢٧٦) وغيرهم.

القائسين، غير أنهم اختلفوا في العلة، قال أصحابنا: علة ربا الفضل في الأشياء الأربعة المنصوص عليها الكيل مع الجنس، وفي الذهب والفضة الوزن مع الجنس، فلا تتحقق العلة إلا باجتماع الوصفين، وهما القدر والجنس، وعلة ربا النساء هي أحد وصفي علة ربا الفضل.

إما الكيل أو الوزن المتفق أو الجنس وهذا عندنا، وعند الشافعي علة ربا الفضل في الأشياء الأربعة الطعم، وفي الذهب والفضة الثمنية في قول، وفي قول هما غير معلولين، وعلة ربا النساء ما هو علة ربا الفضل، وهي الطعم في المطعومات، والثمنية في الأثمان دون الجنس، إذ الأصل عنده حرمة بيع المطعوم بجنسه.

وأما التساوي في المعيار الشرعي مع اليد، مخلص من الحرمة بطريق الرخصة. احتج الشافعي لإثبات هذا الأصل، بما روي عن رسول الله ﷺ أنه قال: «**لا تبيعوا الطّعامَ بالطَّعام، إلا سواءً بسواءٍ**»[١]. هذا الأصل يدل على أن الأصل حرمة بيع المطعوم بجنسه، وإنما الجواز بعارض التساوي في المعيار الشرعي، لأنه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع الطعام بالطعام مطلقاً، واستثنى حالة المساواة، فيدل على أن الحرمة هي الأصل في بيع المطعوم بالمطعوم من غير فصل بين القليل والكثير، وفيه دليل أيضاً على جعل الطعم علة، لأنه أثبت الحكم عقيب اسم مشتق من معنى، والأصل أن الحكم إذا ثبت عقيب اسم مشتق من معنى، يصير موضع الاشتقاق علة للحكم المذكور، كقوله تعالى جل وعلا: ﴿**والسّارِقُ والسّارِقَةُ فاقْطَعُوا أَيدِيهما**﴾[٢] وقوله سبحانه وتعالى: ﴿**الزّانيةُ والزّاني فاجلدوا كُلَّ واحدٍ منهما مائةَ جلدةٍ**﴾[٣] والطعام اسم مشتق من الطعم فيدل على كون الطعم علة، ولأن العلة اسم لوصف مؤثر في الحكم، ووصف الطعم مؤثر في حرمة بيع المطعوم، والحكم متى ثبت عقيب وصف مؤثر يحال إليه، كما/ في الزنا، والسرقة، ونحو ذلك. [ب/٥٨/م]

وبيان تأثير الطعم أنه وصف ينبىء عن العزة والشرف لكونه متعلق البقاء، وهذا يشعر بعزته وشرفه، فيجب إظهار عزته وشرفه، وذلك في تحريم بيع المطعوم بجنسه، وتعليق جوازه بشرطي التساوي في المعيار الشرعي واليد، لأن في تعلقه بشرطين تضييق طريق إصابته، وما ضاق بطريق إصابته يعز وجوده فيعز إمساكه، ولا يهون في عين صاحبه، فكان الأصل فيه هو الحظر، ولهذا كان الأصل في الأبضاع الحرمة والحظر، والجواز بشرطي الشهادة والولي إظهاراً لشرفها لكونها منشأ البشر الذين هم المقصودون في العالم، وبهم قوامها، والأبضاع وسيلة إلى وجود الجنس، والقوت وسيلة إلى بقاء الجنس، فكان الأصل فيها الحظر والجواز بشرطين ليعز وجوده، ولا تتيسر إصابته فلا يهون إمساكه فكذا هذا.

---

(١) أخرجه أحمد في «مسنده» ٦/ ٤٠١.
ومسلم في «صحيحه» في المساقاة، باب بيع الطعام مثلاً بمثل برقم (١٥٩٢).
والطبراني في الكبير برقم (٢٠/ ١٠٩٥) والبيهقي في «السنن الكبرى» (٥/ ٢٦٣). وابن حبان في «صحيحه» كما في «الإحسان» برقم (٥٠١١).

(٢) سورة المائدة، الآية: (٣٨).

(٣) سورة النور، الآية: (٢).

وكذا الأصل في بيع الذهب والفضة بجنسهما هو الحرمة، لكونهما أثمان الأشياء فيها وعليها، فكان قوام الأموال والحياة بها فيجب إظهار شرفها في الشرع بما قلنا، ولنا في إثبات الأصل إشارات النصوص من الكتاب العزيز، والسنة، والاستدلال:

أما الكتاب: فقوله تعالى: **﴿أوفوا الكيلَ ولا تَكُونُوا من المُخْسِرينَ، وَزِنُوا بالقسطاسِ المستقيم، ولا تبخسوا الناس أشياءهم ولا تعثوا في الأرض مُفْسدين﴾**[١] وقال سبحانه وتعالى: **﴿ويا قوم أوفوا المكيالَ والميزانَ بالقسطِ، ولاَ تَبْخَسُوا الناسَ أشياءَهم، ولا تُفْسِدُوا في الأرضِ بعدَ إصلاحها﴾**[٢] جعل حرمة الربا بالمكيل والموزون مطلقاً عن شرط الطعم، فدل على أن العلة هي الكيل والوزن، وقال سبحانه وتعالى: **﴿ويلٌ للمُطَفِّفِينَ الذينَ إذا اكتالوا على النَّاسِ يَسْتَوفُونَ، وإذا كَالُوهم أو وزنُوهم يُخْسِرُونَ﴾**[٣] ألحق الوعيد الشديد بالتطفيف في الكيل والوزن مطلقاً من غير فصل بين المطعوم وغيره.

وأما السنة فما روي أن عامل خيبر أهدى إلى رسول الله ﷺ تمر جنيباً فقال: «**أوَ كل تمر خيبر هكذا، فقال لا، ولكني أعطيت صاعين وأخذت صاعاً، فقال عليه الصلاة والسلام: أربيت، هلا بِعْتَ تمركَ بسلعةٍ، ثُمَّ ابتعتَ بسلعتكَ تمْراً**»[٤].

[١/٥٩م] وكذلك الميزان وأراد به الموزون بطريق الكناية لمجاورة بينهما، مطلقاً من غير فصل/ بين المطعوم وغير المطعوم، وكذا روى مالك بن أنس، ومحمد بن إسحاق الحنظلي بإسنادهما الحديث المشهور الذي رواه محمد في كتاب «**البيوع**» عن النبي ﷺ أنه قال في أخره: «**وكذلِكَ كُلُّ مَا يُكالُ أو يوزنُ**»[٥].

وأما الاستدلال: فهو أن الفضل على المعيار الشرعي من الكيل والوزن في الجنس، إنما كان ربا في المطعومات والأثمان من الأشياء الستة المنصوص عليها، لكونه فضل مال خال عن العوض يمكن التحرز عنه في عقد المعاوضة، وقد وجد في الجص والحديد، ونحوهما فورود الشرع ثمة يكون وروداً ههنا دلالة.

وبيان ذلك: أن البيع لغة وشرعاً مبادلة المال بالمال، وهذا يقتضي التساوي في البدلين على وجه لا يخلو كل جزء من البدل من هذا الجانب عن البدل من ذلك الجانب لأن هذا هو حقيقة المبادلة، ولهذا لا يملك الأب والوصي بيع مال اليتيم بغبن فاحش، ولا يصح من المريض إلا من الثلث، والقفيز من الحنطة مثل القفيز من الحنطة صورة ومعنى، وكذلك الدينار مع الدينار.

---

(١) سورة الشعراء، الآية: (١٨٣).

(٢) سورة هود، الآية: (٨٥).

(٣) سورة المطففين، الآية: (١ ـ ٢ ـ ٣).

(٤) أخرجه البخاري في «صحيحه» في البيوع برقم (٢٢٠٢) باب إذا أراد بيع تمر بتمر خير منه.
ومسلم في «صحيحه» في المساقاة، باب بيع الطعام مثلاً بمثل برقم (١٥٩٣) عن أبي سعيد الخدري وأبي هريرة رضي الله عنهما بلفظ: «أن رسول الله ﷺ استعمل رجلاً على خيبر، فجاءه بتمر جنيب، فقال أكل تمر خيبر هكذا.. الحديث والجنيب: نوع من التمر من أعلاه. انظر النووي على مسلم (١١/ ٢١٠).

(٥) وروى محمد في «الآثار» صفحة (١٦٤) عن أبي حنيفة عن حماد عن إبراهيم قال: أسلم ما يكال فيما يوزن، وما يوزن فيما يكال ولا يسلم ما يكال فيما يكال، ولا ما يوزن فيما يوزن، وإذا اختلف النوعان فيما لا يكال ولا يوزن فلا بأس باثنين بواحد يداً بيد، ولا بأس به نساء... إلخ قال محمد في آخره: بهذا كله نأخذ وهو قول أبي حنيفة.

أما الصورة فلأنهما متماثلان في القدر، وأما المعنى فإن المجانسة في الأموال عبارة عن تقارب المالية، فكان القفيز مثلاً للقفيز، والدينار مثلاً للدينار، ولهذا لو أتلف على آخر قفيزاً من حنطة يلزمه قفيز مثله ولا يلزمه قيمته، وإذا كان القفيز من الحنطة مثلاً للقفيز من الحنطة كان القفيز الزائد فضل مال خال عن العوض/، يمكن التحرز عنه في عقد المعاوضة فكان ربا، وهذا المعنى لا يخص المطعومات، والأثمان، بل [ب/٥٩/م] يوجد في كل مكيل بجنسه وموزون بمثله، فالشرع الوارد هناك يكون وارداً ههنا دلالة.

وأما قوله: الأصل حرمة بيع المطعوم بجنسه، فممنوع ولا حجة له في الحديث لأنه عليه الصلاة والسلام ما اقتصر على النهي عن بيع الطعام بالطعام ليجعل الحظر فيه أصلاً، بل قرن به الاستثناء. فقال عليه الصلاة والسلام: «إلا سَوَاءً بِسَواءٍ»[1] فلا يدل على كون الحرمة فيه أصلاً.

وقوله: جعل الطعم علة، دعوى ممنوعة أيضاً، والاسم المشتق من معنى إنما يجعل علة للحكم المذكور عقيبه عندنا إذا كان له أثر، كالزنا والسرقة ونحوهما، فلم قلتم بأن للطعم أثراً وكونه متعلق البقاء لا يكون أثره في الإطلاق أولى من الحظر، فإن الأصل فيه هو التوسيع دون التضييق على ما عرف والله أعلم.

وعلى هذا الأصل تبنى مسائل الربا نقداً ونسيئة، وفروع الخلاف، بيننا وبين الشافعي، أما ربا النقد ففائدة الخلاف فيه تظهر في موضعين:

أحدهما: في بيع مكيل بجنسه غير مطعوم، أو موزون بجنسه غير مطعوم ولا ثمن، كبيع قفيز جص بقفيزي جص، وبيع منٍّ حديد بمنوي حديد عندنا لا يجوز، لأنه بيع ربا لوجود علة الربا وهو الكيل مع الجنس، أو الوزن مع الجنس، وعنده يجوز لأن العلة هي الطعم أو الثمنية ولم يوجد.

وعلى هذا الخلاف بيع كل مقدر بجنسه من الميكلات والموزونات، غير المطعومات والأثمان، كالنورة، والزرنيخ، والصفر، والنحاس ونحوها.

وأما بيع المكيل المطعوم بجنسه متفاضلاً، وبيع الموزون المطعوم بجنسه متفاضلاً كبيع قفيز أرز بقفيزي أرز، وبيع منٍّ سكر بمنوي سكر، فلا يجوز بالإجماع أما عندنا فلوجود القدر والجنس، وعنده لوجود الطعم والجنس، وكذا كل موزون هو مأكول أو مشروب، كالدهن، والزيت، والخل ونحوها.

ويجوز بيع المكيل بغير جنسه متفاضلاً، مطعوماً كان أو غير مطعوم بعد أن يكون يداً بيد، كبيع/ قفيز [أ/٦٠/م] حنطة بقفيزي شعير، وبيع قفيز جص بقفيزي نورة، ونحو ذلك لأن علة الربا الفضل مجموع الوصفين، وقد انعدم أحدهما وهو الجنس، وكذا بيع الموزون بغير جنسه متفاضلاً جائز ثمنين كانا أو مثمنين، بعد أن يكون يداً بيد، كبيع دينار بمائة درهم وبيع منٍّ حديد بمنوي نحاس، أو رصاص، ونحو ذلك لما قلنا.

---

(١) أخرجه الشافعي في «ترتيب المسند» (٢/ ١٥٨) برقم (٥٤٦) وأخرجه أيضاً بمعناه النسائي في «المجتبى من السنن» (٧/ ٢٧٤ - ٢٧٥) في البيوع، باب بيع البر بالبر، وباب بيع الشعير بالشعير وابن ماجه في «سننه» (٢/ ٧٥٧ - ٧٥٨) في التجارات، باب الصرف وما لا يجوز متفاضلاً يداً بيد برقم (٢٢٥٤) عن عبادة بن الصامت رضي الله عنه مرفوعاً بلفظ: «لا تبيعوا الذهب بالذهب ولا الوَرِق بالوَرق، ولا البُرّ بالبُر، ولا الشعير بالشعير، ولا التمر بالتمر، ولا الملح بالملح، إلا سواء بسواء عيناً بعين يداً بيد، ولكن بيعوا الذهب بالورق والورق بالذهب.. الحديث.

ويجوز بيع المذروعات والمعدودات المتفاوتة واحداً باثنين يداً بيد، كبيع ثوب بثوبين، وعبد بعبدين، وشاة بشاتين، ونصل بنصلين، ونحو ذلك بالإجماع، أما عندنا فلانعدام أحد الوصفين، وهو الكيل والوزن، وعنده لانعدام الطعم والثمنية.

وأما بيع الأواني الصفرية واحداً باثنين، كبيع قمقمة بقمقمتين ونحو ذلك، فإن كان مما يباع عدداً يجوز، لأن العد في العدديات ليس من أوصاف علة الربا فلا يتحقق الربا، وإن كان مما يباع وزناً لا يجوز لأنه بيع مال الربا بجنسه مجازفة، ويجوز بيع المعدودات المتقاربة من غير المطعومات بجنسها متفاضلاً عند أبي حنيفة، وأبي يوسف بعد أن يكون يداً بيد كبيع الفلس بالفلسين بأعيانهما، وعند محمد: لا يجوز.

وجه قوله: أن الفلوس أثمان فلا يجوز بيعها بجنسها متفاضلاً كالدراهم والدنانير، ودلالة الوصف عبارة عما تقدر به مالية الأعيان، ومالية الأعيان كما تقدر بالدراهم والدنانير تقدر بالفلوس فكانت أثماناً، ولهذا كانت أثماناً عند مقابلتها بخلاف جنسها، وعند مقابلتها بجنسها حالة المساواة، وإن كانت ثمناً فالثمن لا يتعين وإن عين كالدراهم والدنانير فالتحق التعيين فيهما بالعدم، فكان بيع الفلس بالفلسين بغير أعيانهما وذا لا يجوز، ولأنها إذا كانت أثماناً فالواحد يقابل الواحد فبقي الآخر فضل مال لا يقابله عوض في عقد المعاوضة وهذا تفسير الربا.

ولهما: أن علة ربا الفضل هي القدر مع الجنس، وهو الكيل أو الوزن المتفق عند اتحاد الجنس، والمجانسة إن وجدت ههنا فلم يوجد القدر فلا/ يتحقق الربا. وقوله: الفلوس أثمان، قلنا: ثمنيتها قد بطلت [ب/٦٠/م] في حقهما قبل البيع، فالبيع صادفها وهي سلع عددية، فيجوز بيع الواحد بالاثنين كسائر السلع العددية، كالقماقم العددية وغيرها، إلا أنها بقيت أثماناً عند مقابلتها بخلاف جنسها، وبجنسها حالة المساواة، لأن خروجها عن وصف الثمينة كان لضرورة صحة العقد وجوازه لأنهما قصدا الصحة، ولا صحة إلا بما قلنا، ولا ضرورة ثمة لأن البيع جائز في الحالين بقيت على صفة الثمينة أو خرجت عنها.

والثاني: في بيع مطعوم بجنسه ليس بمكيل ولا موزون، كبيع حفنة حنطة بحفنتين منها، أو بطيخة ببطيختين، أو تفاحة بتفاحتين، أو بيضة ببيضتين، أو جوزة بجوزتين، يجوز عندنا لعدم العلة وبقي الكيل مع الجنس أو الوزن، وعنده لا يجوز لوجود الطعم والجنس.

وكذا لو باع حفنة بحفنة، أو تفاحة بتفاحة، أو بيضة ببيضة يجوز عندنا لما قلنا، وعنده لا يجوز لوجود الطعم، لأن حرمة بيع المطعوم بجنسه هو العزيمة عنده والتساوي في الكيل أو الوزن مخلص عن الحرمة بطريق الرخصة، ولم يوجد المخلص فبقي على أصل الحرمة.

وأما ربا النساء وفروعه وفائدة الاختلاف فيه، فالأصل فيه ما روي عن إبراهيم النخعي[1] أنه قال: أسلم ما يكال فيما يوزن، وأسلم ما يوزن فيما يكال، ولا تسلم ما يكال فيما يكال، ولا ما يوزن فيما يوزن

(١) إبراهيم النخعي: إبراهيم بن يزيد بن قيس الأسود، أبو عمران النخعي، من مذحج من أكابر التابعين من أهل الكوفة مات مختفياً من الحجاج (٤٦ ـ ٩٦) هـ.

وإذا اختلف النوعان مما يكال أو يوزن، فلا بأس به اثنان بواحد يداً بيد، ولا خير فيه نسيئة. ولا بد من شرح هذه الجملة وتفصيل ما يحتاج منها إلى التفصيل لأنه رحمه الله أجرى القضية فيها عامة، ومنها: ما يحتمل العموم، ومنها: ما لا يحتمل فلا بد من بيان ذلك فنقول وبالله التوفيق: لا يجوز إسلام المكيلات في المكيلات على العموم سواء كانا مطعومين كالنحطة في الحنطة، أو في الشعير أو غير مطعومين، كالجص في الجص أو في النورة.

وكذلك بيع المكيل بالمكيل حالاً سلماً، لكن ديناً موصوفاً في الذمة لا يجوز سواء كانا من جنس واحد أو من جنسين/ مطعومين كانا أو غير مطعومين عندنا، لأن أحد وصفي علة ربا الفضل جمعهما وهو الكيل، [أ/٦١م] وعند الشافعي[١] رحمه الله إن كانا مطعومين فكذلك، وإن لم يكونا مطعومين جاز، لأن العلة عنده الطعم.

وأما إسلام الموزونات في الموزونات، ففيه تفصيل: إن كانا جميعاً مما يتعينان في العقد لا يجوز أيضاً، سواء كانا مطعومين كالسكر في الزعفران، أو غير مطعومين كالحديد في النحاس لوجود أحد وصفي علة ربا الفضل الذي هو علة تامة لربا النساء.

وعند الشافعي[٢]: يجوز في غير المطعوم، ولا يجوز في المطعوم لما قلنا، وإن كانا مما لا يتعينان في العقد كالدراهم في الدنانير، والدنانير في الدراهم، أو الدراهم في الدراهم والدنانير في الدنانير، أو لا يتعين المسلم فيه كالحديد في الدراهم والدنانير لا يجوز، لأن المسلم فيه مبيع لما روي أن رسول الله ﷺ: «**نهى عن بيعِ مَا ليسَ عِنْدَ الإنسانِ ورَخّصَ فِي السَّلمِ**»[٣]. فهذا يقتضي أن يكون السلم بيع ما ليس عند الإنسان لأنه رخص في بعض ما دخل تحت النهي، والداخل تحت النهي هو البيع دل أن السلم نوع بيع ليستقيم إثبات الرخصة فيه، فكان المسلم فيه مبيعاً والمبيع مما يتعين بالتعيين والدراهم والدنانير لا يحتملان التعيين شرعاً في عقود المعاوضات فلم يكونا متعينين، فلا يصلحان مسلماً فيهما.

وإن كان رأس المال مما لا يتعين، والمسلم فيه مما يتعين كما لو أسلم الدراهم أو الدنانير في الزعفران أو في القطن أو الحديد، وغيرها من سائر الموزونات فإنه يجوز لانعدام العلة وهي القدر المتفق أو الجنس.

أما المجانسة فظاهرة الانتفاء، وأما القدر المتفق فلأن وزن الثمن يخالف وزن المثمن، ألا ترى أن الدراهم توزن بالمثاقيل، والقطن والحديد يوزنان بالقبان، فلم يتفق القدر، فلم توجد العلة، فلا يتحقق الربا.

---

(١) انظر «الأم» (٣/ ١٢١).

(٢) انظر «الأم» (٣/ ١٢٠).

(٣) قال الزيلعي في «نصب الراية»: والذي يظهر أن هذا حديث مركب فحديث النهي عن بيع ما ليس عند الإنسان أخرجه الأربعة: أحمد (٢/ ٦٦٢٨ ـ ٦٦٧١ ـ ٦٧١٨) أبو داود (٣٥٠٤) وابن ماجة (٢١٨٨) والترمذي (١٢٣٤) النسائي (٧/ ٢٨٨).
وأما الرخصة في السلم فأخرجه الستة: البخاري (٣/ ١١١) مسلم (٥/ ٥٥) أبو داود (٣٤٦٣) ابن ماجة (٢٢٨٠) الترمذي (١٣١١) النسائي (٧/ ٢٩٠).

[ب/٦١/م] هذا إذا أسلم الدراهم أو الدنانير في سائر الموزونات، فأما إذا أسلم نقرة/ فضة، أو تبر ذهب أو المصوغ فيها فهل يجوز؟

ذكر الاختلاف فيه بين أبي يوسف وزفر على قول أبي يوسف: يجوز، وعلى قول زفر: لا يجوز.

وجه قول زفر: أنه وجد علة ربا النساء، وهي أحد وصفي علة ربا الفضل وهو الوزن في المالين فيتحقق الربا.

وجه قول أبي يوسف: أن أحد الوصفين الذي هو علة القدر المتفق لا مطلق القدر، ولم يوجد لأن النقرة أو التبر من جنس الأثمان وأصل الأثمان ووزن الثمن يخالف وزن المثمن على ما ذكرنا، فلم يتفق القدر، فلم توجد العلة، فلا يتحقق الربا، كما إذا أسلم فيها الدراهم والدنانير.

ولو أسلم فيها الفلوس جاز، لأن الفلس عددي والعدد في العدديات ليس من أوصاف العلة، ولو أسلم فيها الأواني الصفرية ينظر إن كانت تباع وزناً لم يجز لوجود الوزن الذي هو أحد وصفي علة ربا الفضل، وإن كانت تباع عددية جاز لانعدام العلة.

وأما إسلام المكيلات في الموزونات فهو أيضاً على التفصيل، فإن كان الموزون مما يتعين بالتعيين يجوز، سواء كانا مطعومين كالحنطة في الزيت أو الزعفران، أو غير مطعومين كالجص في الحديد عندنا لعدم العلة، وعند الشافعي لا يجوز في المطعومين لوجود العلة، وإن كان مما لا يتعين بالتعيين وهو الدراهم والدنانير لا يجوز، لما مر أن شرط جواز السلم أن يكون المسلم فيه مبيعاً والدراهم والدنانير أثمان أبداً بخلاف سائر الموزونات.

ثم إذا لم يجز هذا العقد سلماً هل يجوز بيعاً؟ ينظر إن كان بلفظ البيع يجوز ويكون بيعاً بثمن مؤجل، لأنه إن تعذر تصحيحه أمكن تصحيحه سلماً بيعاً بثمن مؤجل فيجعل بيعاً به، وإن كان بلفظ السلم اختلف المشايخ فيه: قال بعضهم: لا يجوز، لأن السلم يخالف مطلق البيع في الأحكام والشرائط، فإذا لم يصح سلماً بطل رأساً.

وقال بعضهم: يجوز، لأن السلم نوع بيع، ألا ترى أن النبي عليه الصلاة والسلام سماه بيعاً حين «**نهى عن بيع ما ليس عند الإنسان، ورخص في السلم**[1]» ولهذا ينعقد بلفظ البيع، إلا أنه اختص بشرائط مخصوصة [أ/٦٢/م] فإذا تعذر تصحيحه بيعاً هو سلم يصحح/ بيعاً بثمن مؤجل تصحيحاً للتصرف بالقدر الممكن، وأما إسلام الموزونات في المكيلات، فجائز على العموم سواء كان الموزون الذي جعله رأس المال عرضاً يتعين بالتعيين، أو ثمناً لا يتعين بالتعيين، وهو الدراهم والدنانير، لأنه لم يجمعها أحد الوصفين وهو القدر المتفق أو الجنس فلم توجد العلة، ولو أسلم جنساً في جنسه، وغير جنسه، كما إذا أسلم مكيلاً في مكيل وموزون لم يجز السلم في جميعه عند أبي حنيفة رحمه الله، وعند أبي يوسف، ومحمد رحمهما الله يجوز في حصة خلاف الجنس، وهو الموزون، وهو على اختلافهم فيما جمع بين حر وعبد وباعها صفقة واحدة، وقد ذكرناه فيما تقدم.

---

(١) تقدم تخريجه.

وأما إسلام غير المكيل والموزون في جنسه من الذرعيات والعدديات كالهروي[١] في المروي، والمروي[٢] في المروي، والحيوان في الحيوان، فلا يجوز عندنا وعند الشافعي رحمه الله؛ يجوز[٣].

ولقب هذه المسألة أن الجنس بانفراده يحرم النساء عندنا، وعنده لا يحرم فلا يجوز إسلام الجوز في الجوز، والبيض في البيض، والتفاح في التفاح، والحفنة في الحفنة بالإجماع، لوجود الجنس عندنا، ولوجود الطعم عنده، وأجمعوا على أنه يجوز إسلام الهروي في المروي، لانعدام أحد الوصفين عندنا، وعنده لانعدام الطعم والثمنية. ويجوز إسلام الجوز في البيض، والتفاح في السفرجل، والحيوان في الثوب عندنا لما قلنا، وعنده: لا يجوز في المطعوم لوجود الطعم.

ولو أسلم الفلوس في الفلوس لا يجوز عندنا لوجود الجنس، وعنده لوجود الثمنية، وكذا إذا أسلم الأواني الصفرية في جنسها، وهي تباع عدداً لا يجوز عندنا لوجود المجانسة، وعنده لوجود الثمنية، والكلام في مسألة الجنس بانفراده مبني على الكلام في مسألة الربا.

وأصل الشافعي فيها ما ذكرنا: أن حرمة بيع المطعوم بجنسه، وحرمة بيع الأثمان بجنسها هي الأصل، والتساوي في المعيار الشرعي مع اليد مخلص/ عن الحرمة بطريق الرخصة، أو ربا النساء عنده هو فضل [ب/٦٢/م] الحلول على الأجل في المطعومات، والثمنية في الأثمان، وقد ذكرنا ما له من الدليل على صحة هذا الأصل فيما تقدم، والكلام لأصحابنا في هذه المسألة على نحو ما ذكرنا في علة ربا الفضل، وهو أن السلم في المطعومات والأثمان إنما كان ربا لكونه فضلاً خالياً عن العوض يمكن التحرز عنه في عقد المعاوضة، لأن البيع عقد مبادلة على طريق المقابلة والمساواة في البدلين، ولهذا لو كانا نقدين يجوز، ولا مساواة بين النقد والنسيئة لأن العين خير من الدين، والمعجل أكثر قيمة من المؤجل، فكان ينبغي أن يكون كل فضل مشروط في البيع ربا، سواء كان الفضل من حيث الذات أو من حيث الأوصاف، إلا ما لا يمكن التحرز عنه دفعاً للحرج، وفضل التعيين يمكن التحرز عنه بأن يبيع عيناً بعين، وحالاً غير مؤجل، وهذا المعنى موجود في غير المطعوم، والأثمان فورود الشرع ثمة يكون وروداً ههنا دلالة، وابتداء الدليل لنا في المسألة ما روي عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال: «لاَ رِبَا إلا فِي النَّسِيئَةِ»[٤].

---

(١) نسبة إلى هراة.

(٢) نسبة إلى مرو.

(٣) في «الأم» (٣/ ١١٧).

(٤) أخرجه الشافعي في «المسند» (٢/ ٢٥٩).
وأحمد في «مسنده» (٥/ ٢٠٠) و (٢٠٤) و (٢٠٦) (٢٠٨) و (٢٠٩).
والبخاري في «صحيحه» في البيوع، باب بيع الدينار بالدينار نساءً برقم (٢١٧٨) و (٢١٧٩).
ومسلم في «صحيحه» في المساقاة: باب بيع الطعام مثلاً بمثل برقم (١٥٩٦).
والنسائي (٧/ ٢٨١) في البيوع، باب بيع الفضة بالذهب والذهب بالفضة.
وابن ماجة في «سننه» في التجارات: باب من قال: لا ربا إلا في النسيئة برقم (٢٢٥٧) عن ابن أبي مليكة قال: جاء ابن عباس إلى ابن عمر فسلم عليه، فقال: هل تتهم أسامة؟ قال: فقال ابن عمر: لا، قال؛ فإنه حدثني أن رسول الله ﷺ قال: «لا ربا إلا في النسيئة».
=

وروي «إنما الرِّبا فِي النَّسيئةِ»[1] حقق عليه الصلاة والسلام الربا في النسيئة من غير فصل بين المطعوم والأثمان وغيرها، فيجب القول بتحقيق الربا فيها على الإطلاق والعموم إلا ما خص أو قيد بدليل، والربا حرام بنص الكتاب العزيز، وإذا كان الجنس أحد وصفي علة ربا الفضل وعلة ربا النسيئة عندنا، وشرط علة ربا الفضل عنده فلا بد من معرفة الجنس من كل ما يجري فيه الربا فنقول وبالله التوفيق: الحنطة كلها على اختلاف أنواعها وأوصافها وبلدانها جنس واحد وكذلك الشعير، وكذلك دقيقهما، وكذا سويقهما.

وكذلك التمر، وكذلك الملح، وكذلك العنب، وكذلك الزبيب، وكذلك الذهب والفضة فلا يجوز بيع كل مكيل من ذلك بجنسه متفاضلاً في الكيل، وإن تساويا في النوع والصفة بلا خلاف.

[أ/٦٣م] وأما متساويا في الكيل متفاضلا في النوع والصفة فنقول: لا خلاف في أنه/ يجوز بيع الحنطة بالحنطة، والسقية بالسقية، والنحسية بالنحسية، وإحداهما بالأخرى، والجيدة بالجيدة، والرديئة بالرديئة، وإحداهما بالأخرى، والجديدة بالجديدة، والعتيقة بالعتيقة، وإحداهما بالأخرى، والمقلوة بالمقلوة.

وكذلك الشعير على هذا، وكذلك دقيق الحنطة، ودقيق الشعير فيجوز بيع دقيق الحنطة بدقيق الحنطة، وسويق الحنطة بسويق الحنطة، وكذا دقيق الشعير وسويقه، وكذا التمر بالتمر البرني[2] بالمعقلي، والجيد بالرديء، والجديد بالجديد، والعتيق بالعتيق، وأحدهما بالآخر.

وكذلك العنب بالعنب، والزبيب اليابس بالزبيب اليابس، ولا خلاف في أنه لا يجوز بيع حنطة مقلية بحنطة غير مقلية، والمطبوخة بغير المطبوخة، وبيع الحنطة بدقيق الحنطة، وبسويق الحنطة وبيع تمر مطبوخ، بتمر غير مطبوخ متفاضلاً في الكيل أو متساوياً فيه، لأن المقلية ينضم بعض أجزائها إلى بعض يعرف ذلك بالتجربة، فيتحقق الفضل من حيث القدر في الكيل فيتحقق الربا، وكذا المطبوخة بغير المطبوخة، لأن المطبوخ ينتفخ بالطبخ فكان غير المطبوخة أكثر قدراً عند العقد فيتحقق الفضل.

وكذلك بيع الحنطة بدقيق الحنطة، لأن في الحنطة دقيقاً إلا أنه مجتمع لوجود المانع من التفرق وهو التركيب، وذلك أكثر من الدقيق المتفرق عرف ذلك بالتجربة، إلا أن الحنطة إذا طحنت ازداد دقيقها على المتفرق، ومعلوم أن الطحن لا أثر له في زيادة القدر، فدل أنه كان أزيد في الحنطة فيتحقق الفضل من حيث القدر بالتجربة عند العقد فيتحقق الربا، وأما بيع الحنطة المبلولة أو الندية بالندية، أو الرطبة بالرطبة، أو المبلولة بالمبلولة، أو اليابسة باليابسة، وبيع التمر بالرطب، والرطب بالرطب، أو بالتمر والمنقع بالمنقع، [ب/٦٣م] والعنب بالزبيب اليابس، واليابس بالمنقع، والمنقع/ بالمنقع متساوياً في الكيل فهل يجوز؟ قال أبو حنيفة رحمه الله: كل ذلك جائز، وقال أبو يوسف رحمه الله: كله جائز إلا بيع التمر بالرطب وقال محمد رحمه الله: كله فاسد إلا بيع الرطب بالرطب، والعنب بالعنب، وقال الشافعي رحمه الله: كله باطل.

---

(١) أخرجه أحمد في «المسند» (٥/ ٢٠٠).
ومسلم في «صحيحه» في المساقاة برقم (١٥٩٦).
والنسائي في «المجتبى» في البيوع، باب بيع الفضة بالذهب واللفظ له.
وابن ماجة في «سننه» برقم (٢٢٥٧).

(٢) التمر البرني: من أجود أنواع التمر.

ويجوز بيع الكفري بالتمر، والرطب بالبسر، متساوياً ومتفاضلاً بالإجماع لعدم الجنس والكيل إذ هو اسم لوعاء الطلع فأبو حنيفة رحمه الله، يعتبر المساواة في الحال عند العقد، ولا يلتفت إلى النقصان في المآل، ومحمد رحمه الله يعتبرها حالاً ومآلاً، واعتبار أبي يوسف مثل اعتبار أبي حنيفة إلا في الرطب بالتمر، فإنه يفسده بالنص.

وأصل الشافعي رحمه الله ما ذكرنا في مسألة علة الربا، أن حرمة بيع المطعوم بجنسه هي الأصل، والتساوي في المعيار الشرعي مع اليد مخلص، إلا أنه يعتبر التساوي ههنا في المعيار الشرعي في أعدل الأحوال وهي حالة الجفاف.

واحتج أبو يوسف، ومحمد بما روي عن سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ: «**نَهى عَنْ بَيْعِ الرُّطَبِ بالتَّمر**»، وقال عليه الصلاة والسلام؛ «**إِنَّهُ ينقصُ إذا جَفَّ**»[1]. بين عليه السلام الحكم وعلته، وهي النقصان عند الجفاف، فمحمد عدى هذا الحكم إلى حيث تعدت العلة، وأبو يوسف قصره على محل النص لكونه حكماً ثبت على خلاف القياس.

ولأبي حنيفة رحمه الله الكتاب الكريم والسنة المشهورة؛ أما الكتاب فعمومات البيع من نحو قوله؛ ﴿**وأحلّ اللّهُ البيعَ**﴾[2] وقوله عز شأنه: ﴿**يا أيّها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارةً عن تراضٍ منكم**﴾[3] فظاهر النصوص يقتضي جواز كل بيع إلا ما خص بدليل، وقد خص البيع متفاضلاً على المعيار الشرعي، فبقي البيع متساوياً على ظاهر العموم.

وأما السنة المشهورة فحديث أبي سعيد الخدري، وعبادة بن الصامت رضي الله عنهما، حيث جوز رسول الله ﷺ بيع الحنطة بالحنطة، والشعير بالشعير، والتمر بالتمر، مثلاً بمثل، عاماً مطلقاً من غير تخصيص وتقييد، ولا شك أن اسم الحنطة والشعير يقع على كل جنس الحنطة والشعير على اختلاف أنواعهما وأوصافهما/ ، وكذلك اسم التمر يقع على الرطب والبسر، لأنه اسم لتمر النخل لغة، فيدخل فيه [أ/ ٦٤/م] الرطب واليابس، والمذنب، والبسر، والمنقع.

وروي أن عامل خيبر أهدى إلى رسول الله ﷺ تمراً أجنبياً فقال عليه الصلاة والسلام: «**أَو كلُّ تمرِ خَيْبَر هَكَذا**»[4]. وكان أهدى إليه رطباً فقد أطلق عليه الصلاة والسلام اسم التمر على الرطب.

---

(١) أخرجه مالك في «**الموطأ**» (٢/ ٦٢٤) في البيوع، باب ما يكره من بيع التمر برقم (٢٢).
والشافعي في «**ترتيب المسند**» (٢/ ١٥٩) في البيوع، باب في الربا.
وأبو داود في «**سننه**» في البيوع، باب في التمر بالتمر برقم (٣٣٥٩).
والترمذي في «**جامعه**» في البيوع، باب ما جاء في النهي عن المحاقلة والمزابنة برقم (١٢٢٥) وقال: حسن صحيح والنسائي في «**المجتبى من السنن**» (٧/ ٢٦٨ ـ ٢٦٩) في البيوع باب اشتراء التمر بالتمر.
وابن ماجة في «**سننه**» في التجارات، باب بيع الرطب بالتمر برقم (٢٢٦٤). والبيهقي في «**السنن الكبرى**» (٥/ ٢٩٤ ـ ٢٩٥) وصححه الحاكم في «**المستدرك**» (٢/ ٨ ـ ٣٩). عن سعد رضي الله عنه.
(٢) سورة البقرة، الآية: (٢٧٩).
(٣) سورة النساء، الآية: (٢٩).
(٤) تقدم تخريجه.

وروي أنه: «**نهى**[١] **عليه الصلاة والسلام عن بيع التَّمْرِ حَتّى يزهو، أي يحمر أو يصفر**». وروى «**حتى يحمار، أو يصفار**»[٢] والاحمرار والاصفرار من أوصاف البسر، فقد أطلق عليه الصلاة والسلام اسم التمر على البسر فيدخل تحت النص.

وأما الحديث، فمداره على زيد بن عياش وهو ضعيف عند النقلة، فلا يقبل في معارضة الكتاب، والسنة المشهورة، ولهذا لم يقبله أبو حنيفة رحمه الله في المناظرة في معارضة الحديث المشهور، مع أنه كان من صيارفة الحديث وكان من مذهبه تقديم الخبر وإن كان في حد الآحاد على القياس، بعد أن كان راويه عدلاً ظاهر العدالة، أو بأوله، فيحمله على بيع الرطب بالتمر نسيئة، أو تمراً من مال اليتيم توفيقاً بين الدلائل صيانة لها عن التناقض والله سبحانه وتعالى أعلم.

وكذلك الذهب والفضة لا يجوز بيع كل بجنسه متفاضلاً في الوزن سواء اتفقا في النوع والصفة، بأن كانا مضروبين دراهم أو دنانير، أو مصوغين، أو تبرين جيدين، أو رديئين، أو اختلفا، للحديث المشهور «**مِثْلاً بمثلٍ**»[٣] والفضل ربا، وأما متساوياً في الوزن متفاضلاً في النوع، والصفة كالمصوغ بالتبر والجيد بالرديء فيجوز عندنا.

وقال الشافعي[٤] رحمه الله: لا يجوز بيع الجيد بالرديء، واحتج بالحديث المشهور «**مثلاً بمثلٍ**» ولا مماثلة بين الجيد والرديء في القيمة.

وأما الحديث المشهور: «**مثلاً بمثلٍ**» فالمراد منه المماثلة في الوزن، وكذا روي في بعض الروايات «**وزناً بوزن**»، وقوله عليه الصلاة والسلام: «**جيدها ورديئها سواء**»[٥] وبه تبين أن الجودة عند المقابلة بجنسها لا قيمة لها شرعاً، فلا يظهر الفضل، واللحوم معتبرة بأصولها، فإن تجانس الأصلان تجانس/ اللحمان [ب/٦٤م] فتراعى فيه المماثلة، ولا يجوز إلا متساوياً.

وإن اختلف الأصلان اختلف اللحمان فيجوز بيع أحدهما بالآخر متساوياً ومتفاضلاً بعد أن يكون يداً بيد، ولا يجوز نسيئة لوجود أحد وصفي علة ربا الفضل وهو الوزن.

إذا عرف هذا فنقول: لحوم الإبل كلها على اختلاف أنواعها من لحوم العراب، والبخاتي، والهجين، وذي السنامين، وذي سنام واحد جنس واحد، لأن الإبل كلها جنس واحد فكذا لحومها.

---

(١) أخرجه أحمد في «المسند» (٢/ ٥).
ومسلم في «صحيحه» في البيوع، باب النهي عن بيع الثمار قبل بدو صلاحها برقم (١٥٣٥).
وأبو داود في «سننه» في البيوع، باب في بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها برقم (٣٣٦٨) عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما.

(٢) أخرجه البخاري في «صحيحه» في البيوع، باب إذا باع الثمار قبل أن يبدو صلاحها برقم (٢١٩٨).
ومسلم في «صحيحه» في المساقاة، باب وضع الحوائج برقم (١٥٥٥).

(٣) مسلم في «صحيحه» في المساقاة، باب بيع الطعام مثلاً بمثل برقم (١٥٩٢).

(٤) أنظر «الأم» (٣/ ١٤).

(٥) قال الزيلعي في «نصب الراية»: غريب، ومعناه يؤخذ من حديث أبي سعيد ا.هـ (٤/ ٣٧) وحديث أبي سعيد تقدم.

وكذا لحوم البقر، والجواميس، كلها جنس واحد ولحوم الغنم من الضأن والنعجة، والمعز، والتيس جنس واحد اعتباراً بالأصول وهذا عندنا، وقال الشافعي رحمه الله: اللحوم كلها جنس واحد، اتحدت أصولها أو اختلفت، حتى لا يجوز بيع لحم الإبل بالبقر، والبقر بالغنم متفاضلاً.

وجه قوله: أن اللحمين استويا اسماً ومنفعة وهي التغذي والتقوي، فاتحد الجنس فلزم اعتبار المماثلة في بيع بعضها ببعض.

ولنا: أن أصول هذه اللحوم مختلفة الجنس، فكذا اللحوم، لأنها فروع تلك الأصول، واختلاف الأصل يوجب اختلاف الفرع، قوله الاسم شامل والمقصود متحد، قلنا: المعتبر في اتحاد الجنس اتحاد المقصود الخاص لا العام، ألا ترى أن المطعومات كلها في معنى الطعم متحدة، ثم لا يجعل كلها جنساً واحداً، كالحنطة مع الشعير ونحو ذلك، حتى يجوز بيع أحدهما بالآخر متفاضلاً مع اتحادهما في معنى الطعم، لكن لما كان ذلك معنى عاماً يوجب اتحاد الجنس كذا هذا.

وروي عن أبي يوسف: أنه يجوز بيع الطير بعضه ببعض متفاضلاً، وإن كانا من جنس واحد، لأنه لا يوزن عادة؛ وعلى هذا الباب هذه الحيوانات حكمها حكم أصولها عند الاتحاد والاختلاف، لأنها متفرعة من الأصول فكانت معتبرة بأصولها، وكذا خل الدقل[1] مع خل العنب جنسان مختلفان اعتباراً بأصلهما، واللحم مع الشحم جنسان مختلفان لاختلاف الاسم والمنافع، وكذا مع الإلية، والإلية مع الشحم جنسان مختلفان لما قلنا.

وشحم البطن مع شحم الظهر جنسان مختلفان، وكذا مع الإلية بمنزلة اللحم مع شحم البطن والإلية لأنه لحم سمين، وصوف الشاة مع شعر المعز جنسان مختلفان لاختلاف الاسم والمنفعة، وكذا غزل الصوف مع غزل الشعر، والقطن مع الكتان جنسان مختلفان، وكذا غزل القطن مع غزل الكتان، ولا يجوز بيع غزل القطن بالقطن متساوياً لأن القطن ينقص بالغزل فلا يجوز بيع أحدهما بالآخر كبيع الدقيق بالحنطة.

وأما الحيوان مع اللحم فإن اختلف الأصلان فهما جنسان مختلفان كالشاة الحية مع لحم الإبل والبقر، فيجوز بيع البعض بالبعض مجازفة نقداً ونسيئة لانعدام الوزن والجنس، فلا يتحقق الربا أصلاً، وإن اتفقا كالشاة الحية مع لحم الشاة، من مشايخنا من اعتبرهما جنسين مختلفين، وبنوا عليه جواز بيع لحم الشاة بالشاة الحية مجازفة عند أبي حنيفة، وأبي يوسف، وعللوا لهما بأنه باع الجنس بخلاف الجنس.

ومنهم: من اعتبرهما جنساً واحداً وبنوا مذهبهما على أن الشاة ليست بموزونة، وجريان ربا الفضل يعتمد اجتماع الوصفين الجنس مع القدر، فيجوز بيع أحدهما بالآخر مجازفة، ومفاضلة، بعد أن يكون يداً بيد وهو الصحيح على ما عرف في الخلافيات[2].

---

(١) الدقل: رديء التمر.

(٢) انظر تفصيل المسألة في «المبسوط» (١٢/ ١٨٠ ـ ١٨١) و «البناية شرح الهداية» (٦/ ٥٥٤).

وقد استدل علمائنا بالحديث الذي أخرجه أبو داود في «سننه» في البيوع، باب ما جاء في كراهية بيع الحيوان بالحيوان نسيئة برقم (٣٣٥٦) والترمذي في «جامعه» في البيوع برقم (١٢٣٧) وقال: حديث حسن صحيح وسماع الحسن عن سمرة صحيح. =

وقال محمد: لا يجوز إلا على وجه الاعتبار، على أن يكون وزن اللحم الخالص أكثر من اللحم الذي في الشاة الحية بالحزر والظن، فيكون اللحم بإزاء اللحم والزيادة بإزاء اختلاف الجنس من الأطراف والسقط من الرأس والأكارع والجلد والشحم، فإن كان اللحم الخالص مثل قدر اللحم الذي في الشاة الحية أو أقل أو لا يدرى لا يجوز.

وعلى هذا الخلاف إذا باعَ الشاة الحية بشحم الشاة أو بإليتها وهذا مذهب أصحابنا.

وقال الشافعي رحمه الله: اللحوم كلها جنس واحد فلا يجوز بيع اللحم بالحيوان كيف ما كان[1]، سواء اتفق الأصلان أو اختلفا، باع مجازفة أو على طريق الاعتبار.

وأجمعوا على أنه لا يجوز بيع الشاة بلحم الشاة نسيئة لوجود الجنس المحرم للنساء لأن اللحم الخالص/ من جنس اللحم الذي في الشاة.

وأجمعوا على أنه لا يجوز بيع دهن السمسم بالسمسم إلا على طريق الاعتبار وهو أن يكون الدهن الخالص أكثر من الدهن الذي في السمسم حتى يكون الدهن بإزاء الدهن، والزائد بإزاء خلاف جنسه وهو الكسب، وكذلك دهن الجوز بلب الجوز.

وأما دهن الجوز بالجوز فقد اختلف المشايخ فيه:

قال بعضهم: يجوز مجازفة. وقال بعضهم: لا يجوز إلا على طريق الاعتبار، وأجمعوا على أن بيع النصال بالحديد غير المصنوع جائز مجازفة بعد أن يكون يداً بيد.

أما الكلام مع الشافعي رحمه الله: فهو بنى مذهبه على أصل له ذكرناه غير مرة وهو أن حرمة بيع مأكول بجنسه هو العزيمة والجواز عند التساوي في المعيار الشرعي رخصة، ولا يعرف التساوي بين اللحم الخالص وبين اللحم الذي في الشاة فيبقى على أصل الحرمة، وقد أبطلنا هذا الأصل في علة الربا.

وأما الكلام مع أصحابنا، فوجه قول محمد رحمه الله، أن في تجويز المجازفة ههنا احتمال الربا فوجب

= والنسائي في «المجتبى من السنن» (٧/ ٢٩٢).
وابن ماجة في «سننه» في التجارات، باب الحيوان بالحيوان نسيئة برقم (٢٢٧٠) عن سمرة رضي الله عنه. أن النبي ﷺ: «نهى عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة».
وجه الاستدلال: أنه نهى عن بيع الحيوان بالحيوان، واللحم ليس بحيوان فيجوز.

(١) كما في «مختصر المزني» صفحة (٧٨) و «التنبيه» صفحة (٦٤).
و «المهذب» (١/ ٢٨٤) و «الوجيز» (١/ ١٣٨). و «المنهاج» صفحة (٤٦).
واستدل السادة الشافعية بما رواه الشافعي في مسنده عن ابن المسيب مرسلاً: أن النبي ﷺ: «نهى عن بيع اللحم بالحيوان».
وقال ابن حجر: رواه مالك في «الموطأ» (٢/ ٦٥٥) برقم (٦٤) و (٦٦).
والشافعي ـ «مختصر المزني» صفحة (٧٨ ـ ٧٩) ـ من حديث ابن المسيب مرسلاً.
وهو عند أبي داود في «المراسيل» ووصله الدارقطني في «الغرائب» عن مالك عن الزهري عن سهل بن سعد وحكم بضعفه، وصوب الرواية المرسلة التي في «الموطأ» وتبعه ابن عبد البر وابن الجوزي انظر «نصب الراية» (٤/ ٣٩) و «تلخيص الحبير» (٣/ ١٠).

التحرز عنه ما أمكن، وأمكن بمراعاة طريق الاعتبار فلزم مراعاته قياساً على بيع الدهن بالسمسم، والدليل على أن فيه الربا أن اللحم موزون فيحتمل أن يكون اللحم المنزوع أقل من اللحم الذي في الشاة وزناً فيكون شيء من اللحم مع السقط زيادة، ويحتمل أن يكون مثله في الوزن فيكون السقط زيادة فوجب مراعاة طريق الاعتبار تحرزاً عن الربا عند الإمكان ولهذا لم يجز بيع الدهن بالسمسم والزيت بالزيتون إلا على طريق الاعتبار كذا هذا.

ولهذا قلنا: إن هذا بيع الموزون بما ليس بموزون يداً بيد فيجوز مجازفة ومفاضلة استدلالاً ببيع الحديد الغير المصنوع بالنصال مجازفة ومفاضلة يداً بيد ودلالة الوصف أن اللحم المنزوع وإن كان موزوناً فاللحم الذي في الشاة ليس بموزون، لأن الموزون ماله طريق إلى معرفة مقدار ثقله، ولا طريق إلى معرفة ثقل اللحم الذي في الشاة، لأن الطريق إما أن يكون الوزن بالقبان، وإما أن يكون الاستدلال بالتجربة.

وأما أن يكون بالحزر/ والتخمين من غير تفاوت فاحش، وشيء من ذلك لا يصلح طريقاً لمعرفة مقدار اللحم الذي في الشاة. [أ/٦٥م]

أما الوزن بالقبان فلأن الشاة لا توزن بالقبان عرفاً ولا عادة، ولو صلح الوزن طريقاً لوزن لأن إمكان الوزن ثابت والحاجة إلى معرفة مقدار اللحم الذي فيها ماسة حتى يتعرف المشتري ذلك بالجس والمس باليد والرفع من الأرض ونحو ذلك، ولأن الحي يثقل بنفسه مرة ويخف أخرى فيختلف وزنه فدل أن الوزن لا يصلح طريق المعرفة.

وأما التجربة فإن ذلك بالذبح ووزن المذبوح ليعرف اللحم الذي كان فيها عند العقد بطريق الظهور لا يمكن لأن الشاة تحتمل الزيادة والنقصان والسمن والهزال ساعة فساعة فلا يعرف به مقدار ثقله حالة العقد بالتجربة.

وأما الحزر والظن فإنه لا حزر لمن لا بصارة له في هذا الباب بل يخطىء لا محالة ومن له بصارة يغلط أيضاً ظاهراً وغالباً. ويظهر تفاوت فاحش، فدل أنه لا طريق لمعرفة اللحم الذي في الشاة الحية فلم يكن موزوناً فلا يكون محلاً لربا الفضل بخلاف بيع دهن السمسم بالسمسم، لأن ذلك بيع الموزون بالموزون لأنه يمكن معرفة مقدار الدهن في السمسم بالتجربة بأن يوزن قدر من السمسم فيستخرج دهنه فيظهر وزن دهنه الذي في الجملة بالقياس عليه أو يعصر الجملة فيظهر قدر الدهن الذي كان فيها حالة العقد أو يعرف بالحزر والتخمين أنه كم يخرج من الدهن من هذا القدر من غير تفاوت فاحش يلحق الضرر بأحد العاقدين فكان ذلك بيع الموزون بالموزون مجازفة فلم يجز لاحتمال الربا والله سبحانه وتعالى أعلم.

ولو باع شاة مذبوحة غير مسلوخة بلحم شاة لا يجوز إلا على طريق الاعتبار بالإجماع لأن اللحم الذي في الشاة المذبوحة موزون فقد باع الموزون بجنسه وبخلاف جنسه فيراعى فيه طريق الاعتبار، بخلاف اللحم الذي في الشاة الحية فإنه غير موزون لما قلنا فلم يتحقق الربا فجازت المجازفة فيه.

ولو باع شاة حية بشاة مذبوحة غير مسلوخة مجازفة جاز بالإجماع/. [ب/٦٥م]

أما عندهما: فظاهر؛ لأنه باع الموزون بما ليس بموزون فلا يتحقق الربا كما لو باع شاة حية بلحم الشاة.

وأما عند محمد: فلأن اللحم يقابل اللحم وزيادة اللحم في إحداهما مع سقطها يكون بمقابلة سقط الأخرى فلا يتحقق الربا.

وكذلك لو باع شاتين حيتين بشاة واحدة مذبوحة غير مسلوخة جاز بالإجماع على اختلاف الأصلين، ولو باع شاتين مذبوحتين غير مسلوختين بشاة واحدة مذبوحة غير مسلوخة يجوز، ويكون اللحم بمقابلة اللحم وزيادة اللحم في أحد الجانبين مع السقط يكون بمقابلة سقط الأخرى.

ولو باع شاتين مذبوحتين مسلوختين بشاة واحدة مذبوحة غير مسلوخة يجوز، ويقابل اللحم باللحم ومقابلة اللحم من المسلوختين بمقابلة سقط الأخرى.

ولو باع شاتين مذبوحتين غير مسلوختين بشاة مذبوحة مسلوخة لا يجوز لأن زيادة اللحم من غير المسلوختين مع السقط لا يقابله عوض فيكون رباً، ولو باع شاتين مسلوختين بشاة مسلوخة لا يجوز لأنهما مالان جمعهما الوزن فلا يجوز بيع أحدهما بالآخر مفاضلة ومجازفة حتى لو كانا مستويين في الوزن يجوز يداً بيد.

ولا يجوز بيع الزيت بالزيتون، ودهن الكتان بالكتان، والعصير بالعنب والسمن بلبن فيه سمن والصوف بشاة على ظهرها صوف واللبن بحيوان في ضرعه لبن من جنسه والتمر بأرض ونخل عليه تمر والحنطة بأرض فيها زرع قد أدرك ونحو ذلك من أموال الربا حتى يكون المفرد أكثر من المجموع ليكون المثل بالمثل والزيادة بمقابلة خلاف الجنس وسنذكر أجناس هذه المسائل في مواضعها إن شاء الله تعالى.

هذا إذا قوبل بدل من جنس ببدل من جنسه أو ببدلين من جنسه أو من خلاف جنسه، فأما إذا قوبل أبدال من جنسين مختلفين بأبدال من جنسين مختلفين، فإن كان من غير أموال الربا فلا شك أنه يجوز. وتقسم الأبدال من أحد الجانبين بالأبدال من الجانب الآخر قسمة توزيع وإشاعة من حيث التقويم، وإن كان من أموال الربا فيجوز أيضاً عند أصحابنا الثلاثة ويصرف الجنس إلى خلاف الجنس فيقسم قسمة تصحيح لا قسمة/ إشاعة وتوزيع، وعند زفر والشافعي: لا يجوز، ويقسم قسمة توزيع وإشاعة من حيث القيمة كما في غير أموال الربا. [أ/٦٧م]

وبيان ذلك في مسائل: إذا باع كر حنطة وكر شعير بكري حنطة وكري شعير جاز عند علمائنا الثلاثة، وتصرف الحنطة إلى الشعير والشعير إلى الحنطة، وعندهما: لا يجوز، وكذلك إذا باع درهماً وديناراً بدرهمين ودينارين ويصرف الدرهم إلى الدينارين والدينار إلى الدرهمين.

وجه قول زفر والشافعي[1]: أن هذا بيع ربا فلا يجوز كبيع الدرهم بالدرهمين والدينار بالدينارين،

---

(١) انظر «الأم» (٣/ ١٤).

فائدة: الدينار: معرب أصله: دنّار بالتضعيف، فأبدل من إحداهما ياء، لئلا يلتبس بالمصادر، ولهذا يرد في الجمع إلى أصله، فيقال: دنانير.

والدرهم: هو أيضاً معرب، وزنه فِعلل، بكسر الفاء وفتح اللام في اللغة المشهورة، وجمعه دراهم ودراهيم. والدينار والدرهم من العملات المستعملة المعروفة في الجاهلية والإسلام.

ودلالة الوصف أنه قابل الجملة بالجملة مطلقاً ومطلق مقابلة الجملة بالجملة يقتضي انقسام كل بدل من أحد الجانبين بجميع الأبدال من الجانب الآخر على سبيل الشيوع من حيث القيمة إذا كانت الأبدال مختلفة القيم استدلالاً بسائر البياعات في غير أموال الربا فإنه إذا باع عبداً وجارية بفرس وثوب وقيمتهما مختلفة يقسم العبد على قيمة الفرس والثوب.

وكذا الجارية حتى لو وجد بواحد من الجملة عيباً يرده بحصته من البدلين، وكذا لو استحق واحد منهما يرده بحصته من البدلين على البائع، وكذا لو كان أحد البدلين داراً فالشفيع يأخذها بحصتها من البدلين فكان التقسيم على الوجه الذي قلنا هو الموجب الأصلي في البياعات كلها والانقسام على هذا الوجه في أموال الربا يحقق الربا لأنه يصير بائعاً كر حنطة وكري شعير بكري شعير وبكر حنطة فيتحقق الربا على أنه إن لم يتحقق الربا ففيه احتمال الربا وأنه مفسد للعقد كبيع الصبرة بالصبرة مجازفة.

ولنا: عمومات البيع من غير فصل فمن ادعى التخصيص فعليه الدليل ولأن المتعاقدين أطلقا مقابلة الجملة بالجملة، والمطلق يتعرض للذات لا للصفات والجهات فلا يكون مقابلة الجنس بالجنس عيناً ولا مقابلة الجنس بخلاف الجنس عيناً فلا يتحقق الربا لأنه اسم لفضل مال في مقابلة/ الجنس بالجنس عيناً ولم يوجد، أو نقول مطلق المقابلة تحتمل مقابلة الجنس بالجنس على سبيل الشيوع من حيث القيمة كما قلتم، وتحتمل مقابلة الجنس بخلاف الجنس لأن كل ذلك مقابلة الجملة بالجملة إلا أنا لو حملناه على الأول يفسد العقد، ولو حملناه على الثاني لصح فالحمل على ما فيه الصحة أولى. ا ب/٦٧/م أ

وقوله: موجب البيع المطلق المشتمل على أبدال من الجانبين انقسام كل بدل من أحد الجانبين على جميع الأبدال من الجانب الآخر على الشيوع من حيث التقويم، قلنا: ممنوع، لأن هذا موجب العقد المطلق في موضع في مسائل البياعات في غير أموال الربا ما ثبت الانقسام موجباً له بل بحكم المعاوضة والمساواة في الأبدال لأنهما لما أطلقا البيع وهو يشتمل على أبدال من الجانبين من غير تعيين مقابلة البعض بالبعض وليس البعض بأولى من البعض في التعيين فلزم القول بالإشاعة والتقسيم من حيث القيمة حكماً للمعاوضة والمساواة وعند تحقق الضرورة وهي ضرورة الرد بالعيب بالإشاعة والرجوع عندَ الاستحقاق ونحو ذلك فلا يثبت الانقسام عند القيمة قبل تحقق الضرورة على ما عرف.

وقوله: فيه احتمال الربا. قلنا: احتمال الربا ههنا يوجب فساد العقد عند مقابلة الجنس بالجنس عيناً كما في بيع الصبرة بالصبرة لا على الإطلاق لأن عند مقابلة الجنس بالجنس يلزم رعاية المماثلة المشروطة ولم توجد ههنا فلا توجب الفساد، وعلى هذا إذا باع ديناراً ودرهمين بدرهمين ودينارين أنه يجوز عندنا ويكون الدينار بالدرهمين والدرهمان بالدينارين.

وكذا إذا باع درهمين وديناراً بدينارين ودرهم يجوز عندنا بأن يجعل الدرهمان بالدينارين والدينار بالدرهم، وكذا إذا باع عشرة دراهم بخمسة دراهم ودينار أنه جائز عندنا وتكون الخمسة بمقابلة الخمسة والخمسة الأخرى بمقابلة الدينار، وكذلك إذا باع أحد عشر درهماً بعشرة دراهم ودينار جاز عندنا، وكانت العشرة بمثلها ودينار بدرهم.

وكذلك قال أبو حنيفة عليه الرحمة: أنه إذا باع مائة درهم ودينار بألف درهم يجوز ولا بأس به وتكون [٦٨/أ/م] المائة/ بمقابلة المائة والتسعمائة بمقابلة الدينار فلا يتحقق الربا.

وكذا روي عن محمد أنه قال: إذا باع الدراهم بالدراهم، وفي أحدهما فضل من حيث الوزن، وفي الجانب الذي لا فضل فيه فلوس فهو جائز في الحكم ولكني أكرهه. فقيل: كيف تجده في قلبك. قال: أجده مثل الجبل.

والحاصل: أنه ينظر إلى ما يقابل الزيادة من حيث الوزن من خلاف الجنس إن بلغت قيمته قيمة الزيادة أو كانت أقل منها مما يتغابن الناس فيه عادة جاز البيع من غير كراهة، وإن كانت شيئاً قليل القيمة كفلس وجوزة ونحو ذلك يجوز مع الكراهة، وإن كان شيئًا لا قيمة له أصلاً ككف من تراب ونحوه لا يجوز البيع أصلاً لأن الزيادة لا يقابلها عوض فيتحقق الربا.

فصل: وأما شرائط جريان الربا.

فمنها: أن يكون البدلان معصومين، فإن كان أحدهما غير معصوم لا يتحقق الربا عندنا.

وعند أبي يوسف: هذا ليس بشرط ويتحقق الربا.

وعلى هذا الأصل يخرج ما إذا دخل مسلم دار الحرب تاجراً فباع حربياً درهماً بدرهمين أو غير ذلك من سائر البيوع الفاسدة في حكم الإسلام أنه يجوز عند أبي حنيفة ومحمد، وعند أبي يوسف: لا يجوز.

وعلى هذا الخلاف المسلم الأسير في دار الحرب أو الحربي الذي أسلم هناك ولم يهاجر إلينا فبايع أحداً من أهل الحرب.

وجه قول أبي يوسف: أن حرمة الربا كما هي ثابتة في حق المسلمين فهي ثابتة في حق الكفار لأنهم مخاطبون بالحرمات في الصحيح من الأقوال فاشتراطه في البيع يوجب فساده كما إذا بايع المسلم الحربي المستأمن في دار الإسلام.

ولهما: أن مال الحربي ليس بمعصوم بل هو مباح في نفسه إلا أن المسلم المستأمن منع من تملكه من غير رضاه لما فيه من الغدر والخيانة، فإذا بذله باختياره ورضاه فقد زال هذا المعنى فكان الأخذ استيلاء على مال مباح غير مملوك وأنه مشروع مفيد للملك كالاستيلاء على الحطب والحشيش، وبه تبين أن العقد ههنا [٦٨/ب/م] ليس بتملك بل هو تحصيل شرط التملك وهو الرضا، لأن / ملك الحربي لا يزول بدونه وما لم يزل ملكه لا يقع الأخذ تملكاً لكنه إذا زال فالملك للمسلم يثبت بالأخذ والاستيلاء لا بالعقد فلا يتحقق الربا، لأن الربا اسم لفضل يستفاد بالعقد بخلاف المسلم إذا باع حربياً دخل دار الإسلام بأمان لأنه استفاد العصمة بدخوله دار الإسلام بأمان والمال المعصوم لا يكون محلاً للاستيلاء فتعين التملك فيه بالعقد وشرط الربا في العقد مفسد.

وكذلك الذمي إذا دخل دار الحرب فباع حربياً درهماً بدرهمين أو غير ذلك من البيوع الفاسدة في الإسلام فهو على هذا الخلاف الذي ذكرنا لأن ما جاز من بيوع المسلمين جاز من بيوع أهل الذمة وما يبطل

أو يفسد من بيوع المسلمين يبطل أو يفسد من بيوعهم إلا الخمر والخنزير على ما نذكر إن شاء الله تعالى.

ومنها: أن يكون البدلان متقومين شرعاً وهو أن يكونا مضمونين حقاً للعبد فإن كان أحدهما غير مضمون حقاً للعبدِ لا يجري فيه الربا.

وعلى هذا الأصل يخرج ما إذا دخل المسلم دار الحرب فبايع رجلاً أسلم في دار الحرب ولم يهاجر إلينا درهماً بدرهمين أو غير ذلك من البيوع الفاسدة في دار الإسلام أنه يجوز عند أبي حنيفة.

وعندهما: لا يجوز لأن العصمة وإن كانت ثابتة فالتقوم ليس بثابت عنده حتى لا يضمن نفسه بالقصاص ولا بالدية عنده، وكذا ماله لا يضمن بالإتلاف لأنه تابع للنفس، وعندهما نفسه وماله معصومان متقومان، والمسألة تأتي في كتاب السير.

ولو دخل مسلمان دار الحرب فتبايعا درهماً بدرهمين أو غيره من البيوع الفاسدة في دار الإسلام لا يجوز، لأن مال كل واحد منهما معصوم متقوم فكان التملك بالعقد فيفسد بالشرط الفاسد.

ولو أسلم الحربي الذي بايع المسلم ودخل دار الإسلام أو أسلم أهل الدار فما كان من ربا مقبوض أو بيعٍ فاسد مقبوض فهو جائز ماضٍ وما كان غير مقبوض يبطل لقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَذَرُوا ما بَقِيَ مِنَ الرِّبَا إِن كُنتُم مُّؤْمِنِينَ﴾[1]. أمرهم سبحانه وتعالى بترك ما بقي من الرّبا والأمر بترك ما بقي من الربا/ نهي عن قبضه فكأنه تعالى قال: اتركوا قبضه فيقتضي حرمة القبض. [١/ ٦٩/م]

وروي عن النبي ﷺ أنه قال: «كُلّ رِباً فِي الجاهليةِ فَهو مَوضُوعٌ تحتَ قَدَمي»[2] والوضع عبارة عن الحط والإسقاط وذلك فيما لم يقبض ولأن بالإسلام حرم ابتداء العقد فكذا القبض بحكم العقد، لأنه تقرير العقد وتأكيده فيشبه العقد فيلحق به إذ هو عقد من وجه فيلحق بالثابت من كل وجه في باب الحرمات احتياطاً ومتى حرم القبض لم يكن في بقاء العقد فائدة.

ومنها: أن لا يكون البدلان ملكاً لأحد المتبايعين، فإن كان لا يجري الربا، وعلى هذا يخرج العبد المأذون إذا باع مولاه درهماً بدرهمين وليس عليه دين أنه يجوز، لأنه إذا لم يكن عليه دين فما في يده لمولاه فكان البدلان ملك المولى فلا يكون هذا بيعاً فلا يتحقق الربا إذ هو مختص بالبياعات.

وكذلك المتفاوضان إذا تبايعا درهماً بدرهمين يجوز لأن البدل من كل واحد منهما مشترك بينهما فكان مبادلة ماله بماله فلا يكون بيعاً ولا مبادلة حقيقة، وكذلك الشريكان شركة العنان إذا تبايعا درهماً بدرهمين من مال الشركة جاز لما قلنا.

ولو تبايعا من غير مال الشركة لا يجوز لأنهما في غير مال الشركة أجنبيان، ولو كان على العبد المأذون دين فباعه مولاه درهماً بدرهمين لا يجوز بالإجماع، أما عند أبي حنيفة رحمهُ الله فظاهر، لأن المولى لا يملك كسب عبده المأذون المديون عنده فلم يجتمع البدلان في ملك واحد.

---

(١) سورة البقرة، الآية: (٢٧٨).

(٢) بعض حديث حجة الوداع المتفق عليه وقد تقدم تخريجه.

وعندهما: وإن كان يملك لكن ملكاً محجوراً عن التصرف فيه لتعلق حق الغرماء به فكان المولى كالأجنبي عنه وكذلك المولى إذا عاقد مكاتبه عقد الربا لم يجز لأن المكاتب في حق الاكتساب ملحق بالأحرار لانقطاع تصرف المولى عنها فأشبه الأجانب.

وأما إسلام المتبايعين فليس بشرط لجريان الربا فيجري الربا بين أهل الذمة وبين المسلم والذمي، لأن حرمة الربا ثابتة في حقهم، لأن الكفار مخاطبون بشرائع هي حرمات إن لم يكونوا مخاطبين بشرائع هي [ب/٦٩/م] عبادات عندنا، قال الله تعالى: ﴿وأخذِهِم/ الرِّبا وقَدْ نُهوا عَنْهُ وأكْلِهم أموالَ النّاس بالباطل﴾[(١)].

وروي: «أنَّ رسولَ اللَّهِ ﷺ كَتَبَ إلى مجوسِ هجر: إمّا أنْ تَذروا الرِّبا أو تَأذنوا بحربٍ مِنَ اللَّهِ ورسوله»[(٢)] وهذا في نهاية الوعيد فيدل على نهاية الحرمة والله سبحانه وتعالى أعلم.

ومنها: الخلو عن احتمال الربا فلا تجوز المجازفة في أموال الربا بعضها ببعض لأن حقيقة الربا كما هي مفسدة للعقد فاحتمال الربا مفسد له أيضاً لقول عبد الله بن مسعود رضي الله عنه: «ما اجتمعَ الحلالُ والحرامُ فِي شيء إلا وَقَدْ غَلَبَ الحرامُ الحلال»[(٣)].

والأصل فيه أن كلما جازت فيه المفاضلة جاز فيه المجازفة وما لا فلا، لأن التماثل والخلو عن الربا فيما يجري فيه الربا لما كان شرط الصحة فلا يعلم تحقيق المماثلة بالمجازفة فيقع الشك في وجود شرط الصحة فلا تثبت الصحة على الأصل المعهود في الحكم المعلق على شرط إذا وقع الشك في وجود شرطه أنه لا يثبت لأن غير الثابت بيقين لا يثبت بالشك كما أن الثابت بيقين لا يزول بالشك.

---

(١) سورة النساء، الآية: (١٦١).

(٢) لم أجده بهذا اللفظ وإنما رواه ابن زنجويه قال: حدثنا هاشم بن القاسم حدثني المرجا بن رجاء ثنا سليمان بن حفص عن أبي إياس معاوية بن قرة: قال: كتب رسول الله ﷺ إلى مجوس هجر، «**أما بعد: من شهد منكم أن لا إله إلا الله، وأن محمداً عبده ورسوله، واستقبل قبلتنا وأكل ذبيحتنا.. إلى أن قال ومن أبى فليأذن بحرب من الله ورسوله**» ولا يوجد فيه ذكر الربا. انظر «**نصب الراية**» (٣/٤٤٧).

وإنما ذكر الرسول ﷺ التحذير من الربا في كتابه إلى أهل نجران فقد أخرج ابن أبي شيبة في «**مصنفه**» باب في ذكر أهل نجران حدثنا عفان ثنا عبد الواحد بن زياد، ثنا مجالد بن سعيد عن الشعبي قال: كتب رسول الله ﷺ إلى أهل نجران - وهم نصارى - «**أن من بايع بالربا فلا ذمة له**» وهو مرسل وأخرج نحوه أبو عبيد في «**الأموال**» صفحة (١٨٨) وابن سعد في «**طبقاته**» (٢/٣٦) انظر «نصب الراية» (٣/٢٠٣).

(٣) أخرجه عبد الرزاق في «مصنفه» كما في «**الدراية**» من طريق جابر الجعفي عن الشعبي عن ابن مسعود.

وجابر الجعفي كذاب كما في «**المجروحين**» لابن حبان (١/٢٠٨) و «**تهذيب الكمال**» للمزي (٤/٤٦٥).

وهذه قاعدة من القواعد المهمة المتصلة بمبحث التعارض والترجيح سارية في باب الحلال والحرام، يتمثل فيها جانب الاحتياط في الدين، وينبغي التمسك بها في كثير من الأحكام، لأن الشرع حريص على اجتناب المنهيات أكثر من حرصه على الاتيان بمأمورات.

وأما الأساس الذي تنبني عليه هذه القاعدة فهو قوله ﷺ: «**الحلال بين والحرام بَيّن وبينهما أمور مشتبهات، لا يَعْلَمُهُنَّ كثير من الناس، فمن اتقى الشبهات فقد استبرأ لدينه وعرضه، ومن وقع في الشبهات وقع في الحرام..** الحديث [أخرجه البخاري (٢٠٥١) ومسلم (١٥٩٩)].

والأمور المشتبهات: **هي كل ما ليس بواضح الحل والحرمة، مما تنازعته الأدلة، وتجاذبته المعاني، فبعضها يعضده دليل الحرام، وبعضها يعضده دليل الحلال.** انظر «القواعد الفقهية» للشيخ علي أحمد النَّدْوي صفحة (٢٧٢).

وبيان هذا الأصل في مسائل: إذا تبايعا حنطة بحنطة مجازفة، فإن لم يعلما كيلهما أو علم أحدهما دون الآخر أو علما كيل أحدهما دون الآخر لا يجوز لما قلنا، وإن علم استواؤهما في الكيل فإن علم في المجلس جاز البيع، لأن المجلس وإن طال فله حكم حالة العقد فكأنه عند العقد، وإن علم بعد الافتراق لم يجز، وقال زفر يجوز علم قبل الافتراق أو بعده.

وجه قوله: أن الحاجة إلى الكيل عند العقد لتحقق المساواة المشروطة وقد تبين أنها كانت ثابتة عنده.

ولنا: أن علم المتعاقدين بالمساواة عند العقد شرط الصحة ولم يوجد، والدليل على أن العلم عند العقد شرط الصحة أن الشرع ألزم رعاية المماثلة عند البيع بقوله عليه الصلاة والسلام؛ «**الحنطةُ بالحنطةِ مِثْلاً بمثلٍ**»[1] أي بيعوا الحنطة بالحنطة مثلاً بمثل أمر المتبايعين بالبيع بصفة المماثلة فلا بد وأن تكون المماثلة معلومة لهما عند البيع لتمكنهما من رعاية هذا الشرط.

وكذا لو كان بين رجلين حنطة فاقتسماها مجازفة لا يجوز، لأن القسمة فيها معنى المبادلة فيشبه البيع ولا يجوز البيع فيها مجازفة فكذا القسمة، ولو تبايعا حنطة بحنطة وزناً بوزن متساوياً في الوزن لم يجز، لأن الحنطة مكيلة والتساوي في الكيل شرط جواز البيع في المكيلات ولا تعلم المساواة بينهما في الكيل فكان بيع الحنطة بالحنطة مجازفة.

وروي عن أبي يوسف رحمه الله أنه إذا غلب استعمال الوزن فيها تصير وزنية ويعتبر التساوي فيها بالوزن وإن كانت في الأصل كَيلية.

وعلى هذا تخرج المزابنة والمحاقلة أنهما لا يجوزان: لأن المزابنة بيع التمر على رؤوس النخل بمثل كيله من التمر خرصاً لا يدري أيهما أكثر والزبيب بالعنب لا يدري أيهما أكثر والمحاقلة بيعُ الحب في السنبل بمثل كيله من الحنطةِ خرصاً لا يدري أيهما أكثر فكان هذا بيع مال الربا مجازفة لأنه لا تعرف المساواة بينهما في الكيل.

وقد روي عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ: «**نَهى عَنْ بيعِ المُزابَنةِ والمُحاقَلَةِ**»[2].

وفسر محمد رحمه الله المزابنة والمحاقلة في «**الموطأ**» بما قلنا، وهو كـان إماماً في اللغة كما كان إماماً في الشريعة وقال: كذلك الجواب إذا كان أكثر من خمسة أوسق، فأما ما دون خمسة أوسق فلا بأس به لما روى أبو هريرة: «**أنّ رسولَ الله ﷺ رخصَ في بيعِ العَرايا بالتَّمرِ فيما دونَ خمسةِ أوسقٍ**»[3] فقد رخص رسول الله ﷺ من جملة ما حرم من المزابنة ما دون خمسة والمرخص من جملة ما حرم يكون مباحاً.

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) أخرجه الشافعي في «ترتيب المسند» (٢/ ١٥٢) برقم (٥٢٥).
ومسلم في «صحيحه» في البيوع، باب النهي عن المحاقلة والمزابنة برقم (١٥٣٦).

(٣) أخرجه البخاري في «صحيحه» في البيوع، باب بيع التمر على رؤوس النخل بالذهب أو الفضة برقم (٢١٩٠) وفي المساقاة، باب الرجل يكون له ممر أو شرب في حائط أو في نخل برقم (٢٣٨٢).
ومسلم في «صحيحه» في البيوع، باب تحريم بيع الرطب بالتمر إلا في العرايا برقم (١٥٤١). عن أبي هريرة رضي الله عنه مرفوعاً.

وتفسير العرية عندنا ما ذكره مالك بن أنس في «الموطأ» رضي اللَّهُ عنهُ وهو أن يكون لرجل نخيل فيعطي رجلاً منها ثمرة نخلة أو نخلتين يلقطهما لعياله ثم يثقل عليه دخوله حائطه فيسأله أن يتجاوز له عنها على أن يعطيه بمكيلتها تمراً عند إصرام النخل، وذلك ما لا بأس به عندنا لأنه لا بيع هناك بل التمر/ كله [ب/٧٢/م] لصاحب النخل، فإن شاء سلم له ثمر النخل، وإن شاء أعطاه بمكيلتها من التمر إلا أنه سماه الراوي بيعاً لتصوره بصور البيع لا أن يكون بيعاً حقيقة بل هو عطية.

ألا ترى أنه لم يملكه المعرى له لانعدام القبض فكيف يجعل بيعاً، ولأنه لو جعل بيعاً لكان بيع التمر بالتمر إلى أجل وأنه لا يجوز بلا خلاف دل أن العرية المرخص فيها ليست ببيع حقيقة بل هي عطية، ولأن العرية هي العطية لغة، قال حسان بن ثابت[1] رضي الله عنه:

ليســـــت بسنهـــــاء ولا رجبيـــــة ... ولكــن عــرايــا فــي السنيــن الجــوائــح

ولو اشترى بكر من تمر نخلاً عليها ثمر وسمى التمر أو ذكر كل قليل وكثير هو منه حتى دخل في البيع يراعى في جوازه طريق الاعتبار وهو أن يكون كيل التمر أكثر من كيل الثمر ليكون الثمر بمثله والزيادة بإزاء النخل، فإن كان أقل لا يجوز. لأن التمر يكون بمثل كيله وزيادة التمر مع النخل تكون زيادة لا يقابلها عوض فيكون ربا.

وكذا إذا كان مثله لأن النخل يكون فضلاً لا يقابله عوض في عقد المعاوضة وكذا إذا كان لا يدري عندنا خلافاً لزفر، وسنذكر المسألة إن شاء الله تعالى. ثم إنما يجوز على طريق الاعتبار إذا كان التمر نقداً، فإن كان نسيئة لم يجز لتحقق ربا النساء.

هذا إذا كان ثمر النخل بسراً أو رطباً أو تمراً يابساً عند العقد، فإن كان كفري جاز البيع كيف ما كان من غير شرط الاعتبار لأنه بيع الكفري بالتمر وأنه جائز كيف ما كان، ولو لم يكن التمر موجوداً عند العقد ثم أثمر النخل قبل القبض كراً أو أكثر من الكر لا يفسد البيع، بخلاف ما إذا كان التمر موجوداً عند العقد ثم أثمر النخل قبل القبض فباعه مع النخل بالتمر وكيل التمر مثل كيل ثمر النخل أو أقل حيث يفسد البيع، لأن العاقدين أدخلا الربا في العقد لأنهما قابلا الثمن بكل المبيع فانقسم الثمن عليهما وبعض المبيع مال الربا فدخل الربا في العقد باشتراطهما واشتراط الربا في العقد مفسد له.

[أ/٧٣/م] وههنا البيع كان صحيحاً في الأصل، لأن الثمن خلاف جنس المبيع إذ المبيع/ هو النخل وحده إلا أنه إذا زاد فقد صار مبيعاً في حال البقاء لا بصنعهما فبقي البيع صحيحاً والزيادة ملك المشتري، وينقسم الثمن على قيمة النخل وقيمة الزيادة لكن تعتبر قيمة النخل وقت العقد، وقيمة الزيادة وقت القبض فيطيب له من التمر قدر حصته من الثمن لأنه فضل له ذلك القدر ببدل ولا يطيب له الفضل ويتصدق به لأنه ربح ما لم يضمن.

ولو قضى الثمن من التمر الحادث ينظر إن قضاه منه قبل القبض فقضاؤه باطل لأن القضاء منه تصرف في المبيع قبل القبض وأنه لا يجوز وجعل كأنه لم يقبض حتى لو هلك الثمن في يد البائع بآفة سماوية لا

---

(١) حسان بن ثابت: تقدمت ترجمته.

يسقط شيء من الثمن، وإن أكله البائع تسقط حصته من الثمن.

وإن كان المشتري قبض الثمن ثم قضى منه جاز القضاءُ لأنهُ تصرف في المبيع بعدَ القبضِ وأنهُ جائز وعليهِ أنْ يتصدق بما زاد على حصته من الثمن، والله سبحانه وتعالى أعلم.

وعلى هذا بيع الذهب بالذهب والفضة بالفضة والقيمة فيهما مجازفة، ولو تبايعا حنطةً بشعير أو ذهباً بفضةٍ مجازفةً جاز لأنَ المماثلة في بيع الجنس بخلاف الجنس غير مشروطة، ولهذا جازت المفاضلة فيه فالمجازفة أولى، وكذلك القيمة.

وعلى هذا يخرج بيع الموزون بجنسه وغير جنسه كما إذا اشترىٰ فضة مع غيرها بفضة مفردة بأن اشترى سيفاً محلى بفضة مفردة أو منطقة مفضضة أو جارية في عنقها طوقٌ من فضة أو اشترى ذهباً وغيره بذهب مفرد كما إذا اشترى ثوباً منسوجاً بالذهب بذهب مفرد أو جارية مع حليتها وحليها ذهب بذهب مفرد ونحو ذلك أنه لا يجوز مجازفة عندنا بل يراعى فيه طريق الاعتبار وهو أن يكون وزن الفضة المفردة أو الذهب المفرد أكثر من المجموع مع غيره ليكون قدر وزن المفرد بمثله من المجموع والزيادة بخلاف جنسه فلا يتحقق الربا، فإن كان وزن المفرد أقل من وزن المجموع لم يجز، لأن زيادة وزن المجموع مع خلاف الجنس لا يقابله عوض في عقد البيع فيكون رباً.

وكذلك إذا كان مثله في الوزن، / لأنه يكون الفضة بمثلها والذهب بمثله فالفضل يكون ربا، وإن كان [ب/٧٣/م] من خلاف جنسه، وكذلك إذا كان لا يعلم وزنه أنه أكثر أو مثله أو أقل أو اختلف أهل النظر فيه.

فقال بعضهم: الثمن أكثر.

وقال بعضهم: هو مثله لا يجوز عندنا، وعند زفر يجوز.

وجه قوله: أن الأصل في البيع جوازُهُ والفساد بعارض الربا وفي وجوده شك فلا يثبت الفساد بالشك، لأن جهة الفساد في هذا العقد أكثر من جهة الجواز، لأن وزن المفرد لو كان أقل يفسد، وكذلك لو كان مثله، ولو كان أكثر يجوز فجاز من وجد وفسد من وجهين فكانت الغلبة لجهة الفساد والحكم للغالب، ثم إذا كان وزن المفرد أكثر حتى جاز البيع فيجتمع في هذا العقد صرف وهو بيع الفضة بالفضة أو الذهب بالذهب وبيع مطلق وهو بيع الذهب أو الفضة بخلاف جنسها فيراعى في الصرف شرائطه وسنذكر شرائط الصرف في موضعه إن شاء الله تعالى.

وإذا فات شيء من الشرائط حتى فسد الصرف هل يتعدى الفساد إلى البيع المطلق فيه تفصيل نذكره في موضعه إن شاء الله تعالى.

هذا إذا اشترى فضة مع غيرها بفضة مفردة أو ذهباً مع غيره بذهب مفرد فأما إذا اشترى ذهباً مع غيره بفضة مفردة أو فضة مع غيرها بذهب مفرد فالبيع جائز، لأنه لا ربا عند اختلاف الجنس غير أنه يقسم المفرد على قيمة المجموع وقيمة ذلك الغير فما كان بمقابلة الذهب أو الفضة يكون صرفاً فيراعى فيه شرائط الصرف وما كان بمقابلة غيره يكون بيعاً مطلقاً على ما نذكره في بيان شرائط الصرف.

وعلى هذا الأصل يخرج بيع تراب معدن الفضة والذهب أما تراب معدن الفضة فلا يخلو إما أن يكون باعه بفضة وإما أن يكون باعه بغيرها، فإن باعه بفضة لم يجز، لأن البيع يقع على ما في التراب من الفضة لا على التراب، لأنه لا قيمة له والمماثلة بين الفضتين ليست بمعلومة فكان هذا البيع بيع الفضة بالفضة مجازفة فلا يجوز، وإن باعه بذهب جاز، لأن الربا لا يتحقق عند اختلاف الجنس، ويراعى فيه شرائط/ الصرف، ثم [أ/٧٤/م] ينظر إن لم يخلص منه شيء تبين أن البيع كان فاسداً لأنه تبين أنه باع ما ليس بمال فصار كما لو اشترى شخصًا على أنه عبد ثم تبين أنه حر، أو اشترى شاة مسلوخة على أنها مذبوحة ثم تبين أنها ميتة فإن خلص منه شيء فالأمر ماض والمشتري بالخيار لأنه اشترى شيئاً لم يره فأشبه ما لو اشترى ثوباً في سفط أو سمكة في جب.

ولو باعه بعوض جاز أيضاً لما قلنا ثم ينظر إن خلص منه شيء أو لم يخلص على ما ذكرنا، ولو باعه بتراب معدن مثله من الفضة لم يجز، لأن البيع يقع على ما فيها من الفضة ولا يعلم تساويهما في الوزن، فكان بيع الفضة بالفضة مجازفة، ولو باعه بتراب معدن الذهب جاز لاختلاف الجنس، ويراعى فيه شرائط الصرف، ثم إن لم يخلص منه شيء تبين أن البيع كان فاسداً لأنه تبين أنه باع ما ليس بمال.

وكذا إن خلص من أحدهما ولم يخلص من الآخر لأنه تبين أنه باع المال بما ليس بمال، وإن خلص من كل واحد منهما فالأمر ماضٍ، ولهما خيار الرؤية لأن كل واحد منهما مشترٍ ما لم يره، وكذلك لو كان تراب معدن الفضة بين رجلين فاقتسماه لم يجز، لأن القسمة فيها معنى البيع فلا يحتمل المجازفة كالبيع.

ولو باع منه قفيزاً بغير عينه بذهب أو بعرض لم يجز، لأن المبيع ما في التراب من الفضة وأنه مجهول القدر، لأنه متفاوت منه قفيز يخلص منه خمسة ومنه قفيز يخلص منه عشرة فكان المبيع مجهولاً جهالة مفضية إلى المنازعة بخلاف بيع القفيز من صبرة، لأن قفزان الصبرة الواحدة متماثلة فلم يكن المبيع مجهولاً جهالة مفضية إلى المنازعة.

ولو باع نصف جملة التراب أو ثلثها أو ربعها شائعاً بذهب أو عرض جاز لأن الجنس مختلف فلا يتحقق الربا إلا إذا لم يخلص منه شيء فتبين أن البيع كان فاسداً لما قلنا.

وإن خلص منه شيء فيكون ما خلص مشتركاً بينهما وله الخيار إذا رآه، ولو استقرض تراب المعدن جاز وعلى المستقرض مثل ما خلص منه وقبض، لأن القرض وقع على ما يخلص منه، والقول/ قول القابض في [ب/٧٤/م] قدر ما قبض وخلص، ولو استأجره بنصف هذا التراب أو بثلثه أو بربعه يجوز إن خلص منه شيء كما يجوز لو بيع منه شيء فتبين أن البيع كان فاسداً لما قلنا، وإن خلص منه شيء فيكون أجره مما خلص.

ولو استأجر أجيراً بتراب المعدن بعينه جازت الإجارة إن خلص منه شيء لأنه استأجره بمال والأجير بالخيار لأنه آجر نفسه بما لم يره فإن شاء رضي به ولا شيء له غيره، وإن شاء رده ورجع على المستأجر بأجر مثله بالغاً ما بلغ.

ولو استأجره بقفيز من تراب بغير عينه لا تجوز الإجارة لأن الأجرة ما في التراب من الفضة وأنه مجهول القدر، ولهذا لم يجز بيعه ويكون بينهما وله الخيار وإن لم يخلص لا يجوز وله أجر مثله، وعلى

هذا حكم تراب معدن الذهب في جميع ما ذكرنا والله سبحانه وتعالى أعلم.

وأما تراب الصاغة فإن كان فيه فضة خالصة فحكمه حكم تراب معدن الفضة وإن كان فيه ذهب خالص فحكمه حكم تراب معدن الذهب، وإن كان فيه ذهب وفضة فإن اشتراه بذهب أو فضة لم يجز لاحتمال أن يكون ما فيه من الذهب أو الفضة أكثر أو أقل أو مثله فيتحقق الربا.

ولو اشتراه بذهب وفضة جاز لأنه اشترى ذهباً وفضة بذهب وفضة فيجوز ويصرف الجنس إلى خلاف الجنس ويراعى فيه شرائط الصرف، ولو اشتراه بعرض جاز لانعدام احتمال الربا، وهذا كله إذا خلص منه شيء فإن لم يخلص تبين أن البيع كان فاسداً.

وعلى هذا الأصل يخرج بيع الدراهم المغشوشة التي الغش فيها هو الغالب بفضة خالصة أنه لا يجوز إلا على طريق الاعتبار، وجملة الكلام فيه أن الدراهم المضروبة أقسام ثلاثة: أما أن تكون الفضة فيها هي الغالبة، وأما أن يكون الغش فيها هو الغالب، وإما أن يكون الفضة والغش فيها على السواء، فإن كانت الفضة فيها هي الغالبة بأن كان ثلثاها فضة وثلثها صفراً أو كانت ثلاثة أرباعها فضة وربعها صفراً ونحو ذلك فحكمها حكم الفضة الخالصة لا يجوز بيعها/ بالفضة الخالصة إلا سواءً سواءً. [١/٧٥/أ م]

وكذا بيع بعضها ببعض لا يجوز إلا مثلاً بمثل، لأن اعتبار الغالب وإلحاق المغلوب بالعدم هو الأصل في أحكام الشرع، ولأن الدراهم الجياد لا تخلو عن قليل غش، لأن الفضة لا تنطبع بدونه على ما قيل فكان قليل الغش مما لا يمكن التحرز عنه فكانت العبرة للغلبة، وإن كان الغش فيها هو الغالب، فإن كانت الفضة لا تخلص بالذوب والسبك بل تحترق ويبقى النحاس فحكمها حكم النحاس الخالص لأن الفضة فيها إذا كانت مستهلكة كانت ملحقة بالعدم فيعتبر كله نحاساً لا يباع بالنحاس إلا سواءً بسواء يداً بيد.

وإن كانت تخلص من النحاس ولا تحترق ويبقى النحاس على حاله أيضاً فإنه يعتبر فيه كل واحد منهما على حاله ولا يجعل أحدهما تبعاً للآخر كأنهما منفصلان ممتازان أحدهما عن صاحبه لأنه إذا أمكن تخليص أحدهما من صاحبه على وجه يبقى كل واحد منهما بعد الذوب والسبك لم يكن أحدهما مستهلكاً فلا يجوز بيعها بفضة خالصة إلا على طريق الاعتبار وهو أن تكون الفضة الخالصة أكثر من الفضة المخلوطة يصرف إلى الفضة المخلوطة مثلها من الفضة الخالصة والزيادة إلى الغش كما لو باع فضة وصفراً ممتازين بفضة خالصة، فإن كانت الفضة الخالصة أقل من المخلوطة لم يجز، لأن زيادة الفضة المخلوطة مع الصفر يكون فضلاً خالياً من العوض في عقد المعاوضة فيكون رباً.

وكذا إذا كانت مثلها لأن الصفر يكون فضلاً لا يقابله عوض، وكذا إذا كان لا يدري قدر الفضتين أيهما أكثر أو هما سواء لا يجوز عندنا وعند زفر يجوز، وقد ذكرنا الحجج فيما قبل.

وذكر في «**الجامع**» إذا كانت الدراهم ثلثاها صفراً وثلثها فضة ولا يقدر أن يخلص الفضة من الصفر ولا يدري إذا خلصت أيبقى الصفر أم يحترق أنه يراعي في بيع هذه الدراهم بفضة خالصة طريق الاعتبار، ثم إذا كانت الفضة الخالصة أكثر حتى جاز البيع يكون هذا صرفاً وبيعاً مطلقاً فيراعى في الصرف شرائطه وإذا فسد

[ب/٧٥/م] بفوات شرط منه يفسد البيع في الصفر لأنه لا يمكن تمييزه إلا بضرر/ وبيع ما لا يمكن تمييزه عن غيره إلا بضرر فاسد على ما ذكرنا.

ولو بيعت هذه الدراهم بذهب جاز لأن المانع هو الربا، واختلاف الجنس يمنع تحقق الربا لكن يراعى فيه شرائط الصرف لأنه صرف وإذا فات شرط منه حتى فسد يفسد البيع في الصفر أيضاً لما قلنا.

ولو بيعت بجنسها من الدراهم المغشوشة جاز متساوياً ومتفاضلاً، نص عليه محمد في «الجامع» ويصرف الجنس إلى خلاف الجنس، كما لو باع فضة منفصلة وصفراً منفصلاً بفضة وصفر منفصلين.

وقالوا: في الستوقة إذا بيع بعضها ببعض متفاضلاً أنه يجوز ويصرف الجنس إلى خلاف الجنس، ومشايخنا لم يفتوا في ذلك إلا بالتحريم احترازاً عن فتح باب الربا. وقالوا في الدراهم القطر يفينه يجوز بيع واحد أو اثنين أو ثلاثة أو أربعة أو خمسة منها بدرهم فضة، لأن ما فيها من الفضة يكون بمثل وزنها من الفضة الخالصة، وزيادة الفضة تكون بمقابلة الصفر، ولا يجوز بيع ستة منها بدرهم فضة، لأن الصفر الذي فيها يبقى فضلاً خالياً عن العوض في عقد المعاوضة فيكون رباً. وكان الشيخ الإمام أبو بكر محمد بن الفضل رحمه الله لا يفتي بجواز هذا.

وإن كانت الفضة والغش فيها سواء فلم يقطع محمد الجواب فيه في «**الجامع**»، لكنه بناه على قول الصيارفة.

وحكي عنهم أنهم قالوا: إن الفضة والصفر إذا خلطا لا تتميز الفضة من الصفر حتى يحترق الصفر، لأنهما لا يتميزان إلا بذهاب أحدهما: والصفر أسرعهما ذهاباً، فقال: في هذه الدراهم إن كانت الفضة هي الغالبة، أي على ما يقوله الصيارفة إن الصفر يتسارع إليه الاحتراق عند الإذابة والسبك فلا يجوز بيعها بالفضة الخالصة ولا بيع بعضها ببعض إلا سواء بسواء كبيع الزيوف بالجياد، لأن الصفر إذا كان يتسارع إليه الاحتراق كان مغلوباً مستهلكاً فكان ملحقاً بالعدم، وإن لم يغلب أحدهما على الآخر وبقيا على السواء يعتبر كل واحد منهما على حياله، كأنهما منفصلان، ويراعى في بيعهما بالفضة/ الخالصة طريق الاعتبار كما في النوع الأول، ويجوز بيع بعضها ببعض متساوياً ومتفاضلاً، ويصرف الجنس إلى خلاف الجنس كما في النوع الأول، والله أعلم.

وهل يجوز استقراض الدراهم المغشوشة عدداً؟

أما النوع الأول: وهو ما كانت فضته غالبة على غشه فلا يجوز استقراضه إلا وزناً، لأن الغش إذا كان مغلوباً فيه كان بمنزلة الدراهم الزائفة، ولا يجوز بيع الدراهم الزائفة بعضها ببعض عدداً، لأنها وزنية فلم يعتبر العدد فيها فكان بيع بعضها ببعض مجازفة فلم يجز فلا يجوز استقراضها أيضاً لأنها مبادلة حقيقة أو فيها شبه المبادلة فيجب صيانتها عن الربا وعن شبهة الربا، ولهذا لم يجز استقراض الكيلي وزناً لما أن الوزن في الكيلي غير معتبر فكان إقراضه مبادلة الشيء بمثله مجازفة أو شبهة المبادلة فلم يجز كذا هذا.

وكذلك النوع الثالث: وهو ما إذا كان نصفه فضة ونصفه صفراً، لأن الغلبة إذا كانت الفضة على اعتبار بقائها وذهاب الصفر في المآل على ما يقوله أهل الصنعة كان ملحقاً بالدراهم الزيوف فلا يجوز استقراضه

عدداً، وإن كان لا يغلب أحدهما على الآخر ويبقيان بعد السبك على حالهما كان كل واحد منهما أصلاً بنفسه فيعتبر كل واحد منهما على حياله، فكان استقراض الفضة والصفر جملة عدداً. وهذا لا يجوز، لأن اعتبار الصفر إن كان يوجب الجواز لأن الفلس عددي فاعتبار الفضة يمنع الجواز. لأن الفضة وزنية فالحكم بالفساد عند تعارض جهتي الجواز والفساد أحوط.

وأما النوع الثاني: ما كان الغش فيه غالباً والفضة مغلوبة، فإنه ينظر إن كان الناس يتعاملون به وزناً لا عدداً لا يجوز استقراضه عدداً.

لأن العدد في الموزون باطل فكان استقراضه مبادلة الموزون بجنسه مجازفة أو شبهة المبادلة وأنه لا يجوز. وإن كانوا يتعاملون به عدداً يجوز استقراضه عدداً لأنهم إذا تعاملوا به عددًا فقد ألحقوه بالفلوس وجعلوا الفضة التي فيه تبعاً للصفر وأنه ممكن لأنها قليلة وقد يكون في الفلوس في الجملة قليل فضة فثبتت التبعية بدلالة التعامل. ومثل هذه الدلالة لم توجد فيما إذا تعاملوا بها وزناً لا عدداً فبقيت وزنيه فلا يجوز/ استقراضه عدداً. وإن تعامل الناس بها عدداً. لأن هناك لا يمكن جعل الفضة تبعاً للغش لأنها أكثر منه أو مثله والكثير لا يكون تبعاً للقليل. ومثل هذا الشيء لا يكون تبعاً أيضاً فبقيت على الصفة الأصلية الثابتة لها شرعاً وهي كونها وزنية فلا يجوز استقراضها مجازفة، كما لا يجوز بيع بعضها ببعض مجازفة، وكذا الشراء بالدراهم المغشوشة من الأنواع الثلاثة عدداً حكمه حكم الاستقراض سواء، فلا يجوز الشراء بالنوع الأول إلا وزناً لأنها في حكم الجياد وإنها وزنية فلم يجز الشراء بها إلا وزناً إذا لم يكن مشاراً إليها، وكذلك بالنوع الثالث لما ذكرنا في الاستقراض.

وأما النوع الثالث: فالأمر فيه على التفصيل الذي ذكرناه في الاستقراض أن الناس إن كانوا يتبايعون بها وزناً لا عدداً لا يجوز لأحد أن يبتاع بها عدداً لأن الوزن صفة أصلية للدراهم، وإنما تصير عددية بتعامل الناس، فإن جرى التعامل بها وزناً لا عدداً فقد تقررت الصفة الأصلية وبقيت وزنية، فإذا اشترى بها عدداً على غير وزن والعدد هدر ولم توجد الإشارة فقد بقي الثمن مجهولاً جهالة مفضية إلى المنازعة لأنه لا يدري ما وزن هذا القدر من العدد المسمى فيوجب فساد العقد بخلاف ما إذا اشترى بها عدداً على غير وزن ولكن أشار إليها فيما يكتفى فيه بالإشارة حيث يجوز، لأن مقدار وزنها وإن كان مجهولاً بعد الإشارة إليها لكن هذه جهالة لا تفضي إلى المنازعة لأنه يمكن معرفة مقدار المشار إليه بالوزن إذا كان قائماً فلا يمنع جواز العقد، وإن كانوا يتبايعون بها عدداً جاز لأنها صارت عددية بتعامل الناس وصارت كالفلوس الرائجة، هذا إذا اشترى بالأنواع الثلاثة عدداً على وزن ولم يعينها.

فأما إذا عينها واشترى بها عرضاً بأن قال اشتريت هذا العرض بهذه الدراهم وأشار إليها فلا شك في جواز الشراء بها ولا تتعين بالإشارة إليها ولا يتعلق العقد بعينها حتى لو هلكت قبل أن ينقدها المشتري لا يبطل البيع ويعطي مكانها مثلها من جنسها ونوعها وقدرها وصفتها.

أما النوع الأول: فلأنها بمنزلة الدراهم الجياد وإنها لا تتعين بالإشارة إليها، ولا يبطل البيع بهلاكها فكذا هذه.

وأما النوع الثاني: فلأن الصفة فيها إن كانت هي الغالبة على ما يقوله السباكون فهي في حكم النوع الأول، وإن لم يغلب أحدهما على الآخر يعتبر كل واحد منهما بحياله فلا يبطل البيع أيضاً، لأن اعتبار الفضة لا يوجب البطلان لأنها لا تتعين، واعتبار الصفر يوجب لأنه يتعين فلا يبطل بالشك.

وأما النوع الثالث: فلأن الناس إن كانوا يتعاملون بها وزناً فهي وسائر الدراهم سواء فلا تتعين بالإشارة ويتعلق العقد بمثلها في الذمة لا بعينها فلا يبطل البيع بهلاكها، وإن كانوا يتعاملون بها عدداً فهي بمنزلة الفلوس الرائجة وإنها إذا قوبلت بخلاف في جنسها في المعاوضات لا تتعين ولا يتعلق العقد بعينها بل بمثلها عدداً ولا يبطل بهلاكها، كذا هذا.

ولو كسد هذا النوع من الدراهم وصارت لا تروج بين الناس فهي بمنزلة الفلوس الكاسدة والستوق والرصاص حتى تتعين بالإشارة إليها ويتعلق العقد بعينها حتى يبطل العقد بهلاكها قبل القبض لأنها صارت سلعة، لكن قالوا هذا إذا كان العاقدان عالمين بحال هذه ويعلم كل واحد منهما أن الآخر يعلم بذلك فأما إذا كانا لا يعلمان: أو يعلم أحدهما ولم يعلم الآخر، أو يعلمان لكن لا يعلم كل واحد منهما أن صاحبه يعلم فإن العقد لا يتعلق بالمشار إليه ولا بجنسها، وإنما يتعلق بالدراهم الرائجة التي عليها تعامل الناس في تلك البلد، هذا إذا صارت بحيث لا تروج أصلاً.

فأما إذا كانت يقبلها البعض دون البعض فحكمها حكم الدراهم الزائفة فيجوز الشراء بها ولا يتعلق العقد بعينها بل يتعلق بجنس تلك الدراهم الزيوف إن كان البائع يعلم بحالها خاصة، لأنه رضي بجنس الزيوف، وإن كان البائع لا يعلم لا يتعلق العقد بجنس المشار إليه، وإنما يتعلق بالجيد من نقد تلك البلد لأنه لم يرض إلا به إذا كان لا يعلم بحالها، والله سبحانه وتعالى أعلم.

ثم إنما لا يبطلُ البيعُ بهلاكِ الدراهم في الأنواع الثلاثة بعد الإشارة إليها إذا كان علم عددها أو وزنها قبل الهلاك، لأنه إذا كان علم ذلك يمكن إعطاء مثلها بعد هلاكها.

فأما إذا كان لم يعلم لا عددها ولا وزنها حتى هلكت يبطل البيع، لأن الثمن صار مجهولاً، إذ المشتري لا يمكنه إعطاء مثل الدراهم المشار إليها.

ومنها: الخلو من شبهة الربا، لأن الشبهة ملحقة بالحقيقة في باب الحرمات احتياطاً، وأصله ما روي عن رسول الله ﷺ أنه قال لوابصة بن معبد رضي الله عنه: **«الحلالُ بينٌ والحرامُ بَيّنٌ وبينهما أمورٌ مشتبهاتٌ فدعْ مَا يريبكَ إلى مَا لا يريبُكَ»**[1].

وعلى هذا يخرج ما إذا باع رجل شيئاً نقداً أو نسيئة وقبضه المشتري ولم ينقد ثمنه أنه لا يجوز لبائعه أن يشتريه من مشتريه بأقل من ثمنه الذي باعه منه عندنا، وعند الشافعي رحمه الله يجوز.

---

(١) أخرجه أبو داود الطيالسي بهذا اللفظ عن وابصة. وقد مضى تخريجه موسعاً من حديث النعمان بن بشير وفي سنده أحمد بن شبيب: قال أبو حاتم: ثقة صدوق. وقال الذهبي في «الميزان» صدوق. انظر «تهذيب الكمال» (١/ ٣٢٧) ترجمة (٤٧) والميزان (١/ ١٠٣).

وجه قوله: أن هذا بيع استجمع شرائط جوازه وخلا عن الشروط المفسدة إياه فلا معنى للحكم بفساده كما إذا اشتراه بعد نقد الثمن.

ولنا: ما روي: «أن امرأة جاءت إلى سيدتنا عائشة رضي الله عنها وقالت: إني ابتعتُ خَادِماً مِن زيدِ بن أرقم بثمانمائة ثُمّ بعتها مِنهُ بستمائة، فقالت سيدتنا عائشة رضي الله عنها: بئسَ ما شريتِ وَبئسَ مَا اشتريت. أبلغي زيداً أنَّ اللَّهَ تَعالى قَدْ أبطلَ جِهَادَهُ مَعَ رسولِ اللَّهِ ﷺ إنْ لَمْ يَتُبْ»[١].

ووجه الاستدلال به من وجهين:

أحدهما: أنها ألحقت بزيد وعيدًا لا يوقف عليه بالرأي وهو بطلان الطاعة بما سوى الردة فالظاهر أنها قالته سماعاً من رسول الله ﷺ، ولا يلتحق الوعيد إلا بمباشرة المعصية فدل على فساد البيع لأن البيع الفاسد معصية.

والثاني: أنها رضي الله عنها سمت ذلك بيع سوء وشراء سوء والفاسد هو الذي يوصف بذلك لا الصحيح، ولأن في هذا البيع شبهة الربا، لأن الثمن الثاني يصير قصاصاً بالثمن الأول فبقي من الثمن الأول زيادة لا يقابلها عوض في عقد المعاوضة، وهو تفسير الربا إلا أن الزيادة ثبتت بمجموع العقدين فكان الثابت بأحدهما شبهة الربا والشبهة في هذا الباب ملحقة بالحقيقة، بخلاف ما إذا نقد الثمن لأن المقاصة لا تتحقق بعد الثمن فلا تتمكن الشبهة بالعقد، ولو نقد الثمن كله إلا شيئاً قليلاً فهو على الخلاف.

ولو اشترى ما باع بمثل ما باع قبل نقد الثمن جاز بالإجماع لانعدام الشبهة وكذا لو اشتراه بأكثر مما باع قبل نقد الثمن، ولأن فساد العقد معدول به عن القياس وإنما عرفناه بالأثر، والأثر جاء في الشراء بأقل من الثمن الأول فبقي ما وراءه على أصل القياس.

هذا إذا اشتراه بجنس الثمن الأول فإن اشتراه بخلاف الجنس جاز: لأن الربا لا يتحقق عند اختلاف الجنس إلا في الدراهم والدنانير خاصة استحساناً، والقياس أن لا يجوز لأنهما جنسان مختلفان حقيقة فالتحقا بسائر الأجناس المختلفة.

وجه الاستحسان: أنهما في الثمنية كجنس واحد فيتحقق الربا بمجموع العقدين فكان في العقد الثاني

---

(١) أخرجه عبد الرزاق في «مصنفه» (٨/ ١٨٤ ـ ١٨٥) في البيوع، باب الرجل يبيع السلعة ثم ير اشتراها وأحمد في «المسند» والدارقطني في «سننه» (٣/ ٥٢) في البيوع برقم (٢١١).

وقال: العالية وأم محبة مجهولتان لا يحتج بهما وهذا الحديث لا يثبت عن عائشة قاله الإمام الشافعي في «الأم» (٣/ ٣٨ ـ ٣٩).

وقال ابن عبد البر في «الاستذكار» هذا الخبر لا يثبته أهل العلم بالحديث ولا هو مما يحتج به عندهم: فامرأة أبي إسحاق، وامرأة أبي السفر، وأم ولد رابد بن أرقم كلهن غير معروفات بحمل العلم، وفي مثل هؤلاء روى شعبة عنه، عن أبي هاشم أنهم كانوا يكرهون الرواية عن النساء إلا عن أزواج النبي ﷺ...

وأبطله ابن حزم في «المحلى» (٩/ ٤ ـ ٥٠).

وضعفه السهيلي عن «روض الأنف» (١/ ٢٥٨) وصححه ابن الجوزي وبعض الحنفية.

انظر تخريج أحاديث اللمع صفحة (٢٦٦ ـ ٢٢٧) لعبد الله الغماري.

شبهة الربا وهي الربا من وجه، ولو تعيب المبيع في يد المشتري فباعه من بائعه بأقل مما باعه جاز، لأن نقصان الثمن يكون بمقابلة نقصان العيب فيلتحق النقصان بالعدم كأنه باعه بمثل ما اشتراه فلا تتحقق شبهة الربا.

ولو خرج المبيع من ملك المشتري فاشتراه البائع من المالك الثاني بأقل مما باعه قبل نقد الثمن جاز لأن اختلاف الملك بمنزلة اختلاف العين فيمنع تحقق الربا، ولو مات المشتري فاشتراه البائع من وارثه بأقل مما باع قبل نقد الثمن لم يجز، لأن الملك هناك لم يختلف وإنما قام الوارث مقام المشتري بدليل أنه يرد بالعيب ويرد عليه.

وكذا لو كان المبيع جارية فاستولدها الوارث أو كان داراً فبنى عليها ثم ورد الاستحقاق فأخذ منه قيمة الولد ونقض عليه البناء كان للوارث أن يرجع على بائع المورث بقيمة الولد وقيمة البناء كما كان يرجع المشتري لو كان حياً، لأن الوارث قائم مقام المشتري فكان الشراء منه بمنزلة الشراء من المشتري، فرق بين هذا وبين ما إذا مات البائع فاشترى وارثه من المشتري بأقل مما باع قبل نقد الثمن أنه يجوز إذا كان الوارث ممن تجوز شهادته للبائع في حال حياته.

ووجه الفرق: أن الوارث يقوم مقام المورث فيما ورثه ووارث المشتري ورث عين المبيع فقام مقامه في عينه فكان الشراء منه كالشراء من المشتري فلم يجز ووارث البائع ورث الثمن والثمن في ذمة المشتري وما عين في ذمة المشتري لا يحتمل الإرث فلم يكن ذلك عين ما ورثه عن البائع فلم يكن وارث البائع مقامه فيما ورثه.

وروي عن أبي يوسف رحمه الله: أنه لا يجوز الشراء من وارث البائع كما لا يجوز الشراء من وارث المشتري، لأن الوارث خلف المورث فالمشتري قائم مقامه كأنه هو.

ولو باعه المشتري ممن غيره فعاد المبيع إلى ملكه فاشتراه بأقل مما باع فهذا لا يخلو: إما إن عاد إليه بملك جديد، وإما إن عاد إليه على حكم الملك الأول، فإن عاد إليه بملك جديد كالشراء والهبة والميراث والإقالة قبل القبض وبعده والرد بالعيب بعد القبض بغير قضاء القاضي ونحو ذلك من أسباب تجديد الملك جاز الشراء منه بأقل مما باع لأن اختلاف الملك بمنزلة اختلاف العين.

وإن عاد إليه على حكم الملك الأول كالرد بخيار الرؤية والرد بخيار الشرط قبل القبض وبعده بقضاء القاضي وبغير قضاء القاضي والرد بخيار العيب قبل القبض بقضاء القاضي وبغير قضاء القاضي وبعد القبض بقضاء القاضي لا يجوز الشراء منه بأقل مما باع، لأن الرد في هذه المواضع يكون فسخاً والفسخ يكون رفعاً من الأصل وإعادة إلى قديم الملك كأنه لم يخرج عن ملكه أصلاً، ولو كان كذلك لكان لا يجوز له الشراء فكذا هذا.

ولو لم يشتره البائع لكن اشتراه بعض من لا تجوز شهادته له كالوالدين والمولودين والزوج والزوجة لا يجوز عند أبي حنيفة رحمه الله، كما لا يجوز من البائع، وعند أبي يوسف ومحمد: يجوز كما يجوز من الأجنبي.

وجه قولهما: أن كل واحد منها أجنبي عن ملك صاحبه لانفصال ملكه عن ملك صاحبه فيقع عقد كل واحد منهما له لا لصاحبه كسائر الأجانب ثم شراء الأجنبي لنفسه جائز فكذا شراؤه لصاحبه.

ولأبي حنيفة رحمه الله: أن كل واحد منهما يبيع بمال صاحبه عادة حتى لا تقبل شهادة أحدهما لصاحبه فكان معنى ملك كل واحد منهما ثابتاً لصاحبه فكان عقده واقعاً لصاحبه من وجه فيؤثر في فساد العقد احتياطاً في باب الربا.

ولو باع المولى ثم اشتراه مدبره أو مكاتبه أو بعض مماليكه ولا دين عليه أو عليه دين بأقل مما باع المولى لا يجوز كما لا يجوز عن المولى، وكذا لو باع المدبر أو المكاتب أو بعض مماليكه ثم اشتراه/ [أ/٧٩/م] المولى لا يجوز، لأن عقد هؤلاء يقع للمولى من وجه.

ولو كان وكيلاً فباع واشترى بأقل مما باع قبل نقد الثمن لا يجوز كما لو باع واشترى الموكل لنفسه، لأن المانع تمكن شبهة الربا وأن لا يفصل بين الوكيل والموكل، ولذا سيدتنا عائشة رضي الله عنها لم تستفسر السائلة أنها مالكة أو وكيلة، ولو كان الحكم يختلف لاستفسرت.

وكذا لو باع الوكيل ثم اشتراه الموكل لم يجز لأنه لو اشتراه وكيله لم يجز، فإذا اشتراه بنفسه أولى أن لا يجوز، وكذا لو باعه الوكيل ثم اشتراه بعض من لا تجوز شهادة الوكيل له أو بعض من لا تجوز شهادة الموكل له لم يجز عند أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما يجوز على ما مر.

ولو باع ثم وكل بنفسه إنساناً بأن يشتري له ذلك الشيء بأقل مما باع قبل نقد الثمن فاشتراه الوكيل فهو جائز للوكيل والثمنان يلتقيان قصاصاً والزيادة من الثمن الأول لا تطيب للبائع ويكون ملكاً له وهذا قول أبي حنيفة.

وقال أبو يوسف: التوكيل فاسد ويكون الوكيل مشترياً لنفسه، وقال محمد: التوكيل صحيح إلا أنه إذا اشتراه الوكيل يكون مشترياً للبائع شراء فاسداً ويملكه البائع ملكاً فاسداً، وهذا بناء على أصل لهم فأصل أبي حنيفة أنه ينظر إلى العاقد ويعتبر أهليته ولا يعتبر أهلية من يقع له حكم العقد، ولهذا قال: إن المسلم إذا كان وكل ذمياً بشراء الخمر أو بيعها أنه يجوز.

وكذا المحرم إذا وكل حلالاً ببيع صيد له أو بشراء صيد جاز التوكيل عنده وتعتبر أهلية الوكيل. وأصل أبي يوسف ومحمد أنهما يعتبران أهلية العاقد للعقد والمعقود له جميعاً حتى لم يجز التوكيل عندهما في المسألتين، إلا أن محمداً خالف أبا يوسف في هذه المسألة وترك أصله حيث قال بصحة التوكيل ولم ينظر إلى الموكل. وعلى هذا الخلاف إذا وكل المسلم ذمياً بأن يشتري له من ذمي عبده بخمر وغير ذلك العبد ففعل الوكيل صح الشراء عند أبي حنيفة ويكون العبد للموكل وعلى الوكيل للبائع الخمر وهو يرجع بقيمة الخمر على موكله، وعند أبي يوسف التوكيل فاسد ويكون الوكيل مشترياً لنفسه، وعند محمد التوكيل صحيح/ [ب/٧٩/م] ويكون مشترياً للموكل شراء فاسداً.

ولو باع بألف درهم حالة ثم اشتراه بألف درهم مؤجلة فالشراء فاسد لأنه اشترى ما باع بأقل مما باع من

حيث المعنى، لأن الحالة خير من المؤجلة. وكذا لو باع بألف مؤجلة ثم اشتراه بألف مؤجلة إلى أبعد من ذلك الأجل فهو فاسد لما قلنا.

ولو باع عبداً بألف وقبضه المشتري ثم اشتراه البائع وعبداً آخر قبل نقد الثمن فإن الثمن يقسم عليهما على قدر قيمتهما. ثم ينظر فإن كانت حصة العبد الذي باعه مثل ثمنه أو أكثر جاز الشراء فيهما جميعاً، أما في الذي لم يبعه فظاهر وكذا في الذي باعه لأنه اشترى ما باع بمثل ما باع أو بأكثر مما باع قبل نقد الثمن وأنه جائز. وإن كان أقل من ثمنه يفسد البيع فيه ولا يفسد في الآخر، لأن الفساد لكونه شراء ما باع بأقل مما باع قبل نقد الثمن وذلك وجد في أحدهما دون الآخر، وهذا على أصلهما ظاهر، وكذا على أصل أبي حنيفة فكان ينبغي أن يفسد فيهما، لأن من أصله أن الصفقة متى اشتملت على أبدال وفسدت في بعضها أن يتعدى الفساد إلى الكل، كما إذا جمع بين حر وعبد وباعهما جميعاً صفقة واحدة، وإنما لم يفسد فيهما لأن الفساد هناك باعتبار أنه لما جمع بين الحر والعبد وباعهما صفقة واحدة فقد جعل قبول العقد في أحدهما شرطاً لقبول العقد في الآخر، والحر ليس بمحل لقبول العقد فيه بيقين فلا يصح القبول فيه فلا يصح في الآخر فلم ينعقد العقد أصلاً: والفساد ههنا باعتبار شراء ما باع بأقل مما باع، وذلك وجد في أحدهما دون الآخر فيفسد في أحدهما دون الآخر لأن الأصل اقتصار الفساد على قدر المفسد، ولهذا لو جمع بين عبدين وباع أحدهما إلى الحصاد أو الدياس أن البيع يفسد فيما في بيعه أجل ولا يفسد في الآخر.

وكذا لو جمع بين قن ومدبر وباعهما صفقة واحدة يصح البيع في القن ويفسد في المدبر لوجود المفسد في أحدهما دون الآخر. كذا هذا.

ومنها: قبض رأس المال في بيع الدين بالعين وهو السلم، والكلام في السلم في الأصل في ثلاثة مواضع:

أحدها: في بيان ركنه.

والثاني: في بيان شرائط الركن.

والثالث: في بيان ما يجوز من التصرف في المسلم فيه وما لا يجوز.

[١/٨٠/م] أما ركن السلم/ فهو لفظ السلم والسلف والبيع، بأن يقول رب السلم أسلمت إليك في كذا أو أسلفت، لأن السلم والسلف مستعملان بمعنى واحد، يقال سلفت وأسلفت وأسلمت بمعنى واحد، فإذا قال المسلم إليه قبلت فقد تم الركن. وكذا إذا قال المسلم إليه بعت منك كذا وذكر شرائط السلم فقال رب السلم قبلت وهذا قول علمائنا الثلاثة.

وقال زفر: لا ينعقد إلا بلفظ السلم لأن القياس أن لا ينعقد أصلاً لأنه بيع ما ليس عند الإنسان وأنه منهي عنه إلا أن الشرع ورد بجوازه بلفظ السلم بقوله: «ورخص في السلم».

ولنا: أن السلم بيع فينعقد بلفظ البيع، والدليل على أنه بيع ما روي أن رسول الله ﷺ: «نَهى عَنْ بَيْعِ مَا لَيْسَ عِنْدَ الإنسَانِ وَرَخَّصَ في السَّلَمِ»[١] نهى عليه الصلاة والسلام عن بيع ما ليس عند الإنسان عاماً ورخص

---

(١) تقدم تخريجه.

السلم بالرخصة فيه، فدل أن السلم بيع ما ليس عند الإنسان ليستقيم تخصيصه عن عموم النهي بالترخص فيه.

فصل: وأما شرائط الركن فهي في الأصل نوعان: نوع يرجع إلى نفس العقد، ونوع يرجع إلى البدل.

أما الذي يرجع إلى نفس العقد فواحد، وهو أن يكون العقد باتاً عارياً عن شرط الخيار للعاقدين أو لأحدهما، لأن جواز البيع مع شرط الخيار في الأصل ثبت معدولاً به عن القياس، لأنه شرط يخالف مقتضى العقد بثبوت الحكم للحال وشرط الخيار يمنع انعقاد العقد في حق الحكم، ومثل هذا الشرط مفسد للعقد في الأصل، إلا أنا عرفنا جوازه بالنص، والنص ورد في بيع العين فبقي ما وراءه على أصل القياس، خصوصاً إذا لم يكن في معناه، والسلم ليس في معنى بيع العين فيما شرع له الخيار، لأنه شرع لدفع الغبن والسلم مبناه على الغبن ووكس الثمن لأنه بيع المفاليس فلم يكن في معنى مورد النص، فورود النص هناك لا يكون وروداً ههنا دلالة فبقي الحكم فيه للقياس، ولأن قبض رأس المال من شرائط الصحة على ما نذكره، ولا صحة للقبض إلا في الملك وخيار الشرط يمنع ثبوت الملك فيمنع المستحق صحة القبض بخلاف المستحق إنه لا يبطل السلم حتى لو استحق رأس المال وقد افترقا عن القبض وأجاز المستحق فالسلم صحيح، لأنه لما أجاز تبين أن العقد وقع صحيحاً من حين وجوده وكذا القبض. إذ الإجـازة اللاحقة بمنزلة الوكالة السابقة وبخلاف خيار الرؤية والعيب لأنه لا يمنع ثبوت الملك فلا يمنع صحة القبض/ . [ب/ ٨٠/ م]

ولو أبطل صاحب الخيار خياره قبل الافتراق بأبدانهما ورأس المال قائم في يد المسلم إليه ينقلب العقد جائزاً عندنا خلافاً لزفر. وقد مرت المسألة. وإن كان هالكاً أو مستهلكاً لا ينقلب إلى الجواز بالإجماع لأن رأس المال يصير ديناً على المسلم إليه والسلم لا ينعقد برأس مال دين فلا ينعقد عليه أيضاً.

وأما الذي يرجع إلى البدل فأنواع ثلاثة: نوع يرجع إلى رأس المال خاصة ونوع يرجع إلى المسلم فيه خاصة. ونوع يرجع إليهما جميعاً.

أما الذي يرجع إلى رأس المال فأنواع، منها بيان جنسه كقولنا دراهم أو دنانير أو حنطة أو تمر، ومنها بيان نوعه إذا كان في البلد نقود مختلفة كقولنا دراهم فتحية أو دنانير نيسابورية أو حنطة سقية أو تمر برني.

ومنها: بيان صفته كقولنا جيد أو وسط أو رديء لأن جهالة الجنس والنوع والصفة مفضية إلى المنازعة وأنها مانعة صحة البيع لما ذكرنا من الوجوه فيما تقدم ومنها بيان قدره إذا كان مما يتعلق العقد بقدره من الميكلات والموزونات والمعدودات المتقاربة ولا يكتفي بالإشارة إليه، وهذا قول أبي حنيفة وسفيان الثوري وأحد قولي الشافعي.

وقال أبو يوسف ومحمد: ليس بشرط والتعيين بالإشارة كافٍ، وهو أحد قولي الشافعي رحمه الله، ولو كان رأس المال مما لا يتعلق العقد بقدره من الذرعيات والعدديات المتفاوتة لا يشترط إعلام قدره ويكتفي بالإشارة بالإجماع وكذا إعلام قدر الثمن في بيع العين ليس بشرط والإشارة كافية بالإجماع، وصورة المسألة إذا قال أسلمت إليك هذه الدراهم أو هذه الدنانير ولا يعرف/ وزنها أو هذه الصبرة ولم يعرف كيلها لا يجوز [أ/ ٨١/ م] عند أبي حنيفة، وعندهما: يجوز ولو قال أسلمتُ إليكَ هذا الثوب ولم يعرف ذرعه أو هذا القطيع من الغنم ولم يعرف عدده جاز بالإجماع.

وجه قولهما: أن الحاجة إلى تعيين رأس المال وأنه حصل بالإشارة إليه فلا حاجة إلى إعلام قدره، ولهذا لم يشترط إعلام قدر الثمن في بيع العين ولا في السلم إذا كان رأس المال مما يتعلق العقد بقدره.

ولأبي حنيفة رحمه الله: أن جهالة قدر رأس المال تؤدي إلى جهالة قدر المسلم فيه وأنها مفسدة للعقد فيلزم إعلام قدره صيانة للعقد عن الفساد ما أمكن، كما إذا أسلم في المكيل بمكيال نفسه بعينه.

ودلالة أنها تؤدي إلى ما قلنا: أن الدراهم على ما عليه العادة لا تخلو عن قليل زيف، وقد ورد الاستحقاق على بعضها، فإذا رد الزائف ولم يستبدل في مجلس الرد ولم يتجوز المستحق ينفسخ السلم في المسلم فيه بقدر المردود والمستحق ويبقى في الباقي وذلك غير معلوم فيصير المسلم فيه مجهول القدر، ولهذا لم يصح السلم في المكيلات بقفيز بعينه لأنه يحتمل هلاك القفيز فيصير المسلم فيه مجهول القدر فلم يصح كذا هذا بخلاف بيع العين، فإن الزيف والاستحقاق هناك لا يؤثر في العقد، لأن قبض الثمن غير مستحق، وبخلاف الثياب والعدديات المتفاوتة لأن القدر فيها ملحق بالصفة.

ألا ترى أنه لو قال: أسلمت إليك هذا الثوب على أنه عشرة أذرع فوجده المسلم إليه أحد عشر سلمت الزيادة له فثبت أن الزيادة فيها تجري مجرى الصفة وإعلام صفة رأس المال ليس بشرط لصحة السلم إذا كان معيناً مشاراً إليه.

وعلى هذا الخلاف إذا كان رأس المال جنساً واحداً مما يتعلق العقد على قدره/ فأسلمه في جنسين مختلفين كالحنطة والشعير أو نوعين مختلفين من جنس واحد كالهروي والمروي ولم يبين حصة كل واحد منهما فالسلم فاسد عند أبي حنيفة وعندهما جائز، ولو كان جنساً واحداً مما لا يتعلق العقد على قدره كالثوب والعددي المتفاوت فأسلمه في شيئين مختلفين ولم يبين حصة كل واحد منهما من ثمن رأس المال فالثمن جائز بالإجماع.

ولو كان رأس المال من جنسين مختلفين أو نوعين مختلفين فأسلمهما في جنس واحد فهو على الاختلاف.

والكلام في هذه المسألة بناء على الأصل الذي ذكرنا أن كون رأس المال معلوم القدر شرط لصحة السلم عند أبي حنيفة، وعندهما: ليس بشرط.

ووجه البناء على هذا الأصل: أن إعلام القدر لما كان: شرطاً عنده، فإذا كان رأس المال واحداً وقوبل بشيئين مختلفين كان انقسامه عليهما من حيث القيمة لا من حيث الأجزاء وحصة كل واحد منهما من رأس المال لا تعرف إلا بالحزر والظن فيبقى قدر حصة كل واحد منهما من رأس المال مجهولاً، وجهالة قدر رأس المال مفسدة للسلم عنده،وعندهما إعلام قدره ليس بشرط فجهالته لا تكون ضارة، ولو أسلم عشرة دراهم في ثوبين جنسهما واحد ونوعهما واحد وصفتهما واحدة وطولهما واحد ولم يبين حصة كل واحد منهما من العشرة فالسلم جائز بالإجماع، أما عندهما فظاهر، لأن إعلام قدر رأس المال ليس بشرط.

وأما عنده فلأن حصة كل واحد منهما من رأس المال تعرف من غير حزر وظن فكان قدر رأس المال

معلوماً وصار كما إذا أسلم عشرة دراهم في قفيزي حنطة ولم يبين حصة كل قفيز من رأس المال أنه يجوز لما قلنا كذا هذا.

ولو قبض الثوبين بعد محل الأجل ليس له أن يبيع أحدهما مرابحة على خمسة دراهم عند أبي حنيفة، وعند أبي يوسف ومحمد له ذلك وله أن يبيعهما جميعاً مرابحة على عشرة بالإجماع، وكذا لو كان بين حصة كل ثوب خمسة دراهم له أن يبيع أحدهما على خمسة مرابحة بلا خلاف، ونذكر دلائل هذه الجملة في مسائل المرابحة إن شاء الله تعالى.

ومنها: أن يكون مقبوضاً في مجلس السلم، لأن المسلم فيه دين والافتراق لا عن قبض رأس المال يكون افتراقاً عن دين بدين/ وأنه منهي عنه لما روي أن رسول الله ﷺ: «نَهَى عَنْ بَيعِ الكالىء بالكَالِىء»[1] أي [أ/٨٢م] النسيئة بالنسيئة ولأن مأخذ هذا العقد دليل على هذا الشرط فإنه يسمى سلماً وسلفاً لغة وشرعاً تقول العرب أسلمت وأسلفت بمعنى واحد، وفي الحديث: «من أسلم فليسلم في كيل معلوم».

وروي «مَن أَسلَفَ فليسلفْ فِي كَيلٍ مَعْلُومٍ»[2] والسلم ينبىء عن التسليم والسلف ينبىء عن التقدم فيقتضي لزوم تسليم رأس المال ويقدم قبضه على قبض المسلم فيه، فإن قيل شرط الشيء يسبقه أو يقارنه والقبض يعقب العقد فكيف يكون شرطاً، فالجواب أن القبض شرط بقاء العقد على الصحة لا شرط الصحة، فإن العقد ينعقد صحيحاً بدون قبض ثم يفسد بالافتراق لا عن قبض وبقاء العقد صحيحاً يعقب العقد ولا يتقدمه فيصلح القبض شرطاً له، وسواء كان رأس المال ديناً، أو عيناً عند عامة العلماء استحساناً.

والقياس: أن لا يشترط قبضه في المجلس إذا كان عيناً، وهو قول مالك رحمه الله.

وجه القياس: أن اشتراط القبض للاحتراز عن الافتراق عن دين بدين، وهذا افتراق عن عين بدين وأنه جائز.

وجه الاستحسان: أن رأس مال السلم يكون ديناً عادة ولا تجعل العين رأس مال السلم إلا نادراً والنادر حكمه حكم الغالب فيلحق بالدين على ما هو الأصل في الشرع في إلحاق المفرد بالجملة، ولأن مأخذ العقد في الدلالة على اعتبار هذا الشرط لا يوجب الفصل بين الدين والعين على ما ذكرنا، وسواء قبض في أول المجلس أو في آخره فهو جائز، لأن ساعات المجلس لها حكم ساعة واحدة وكذا لو لم يقبض حتى قاما يمشيان فقبض قبل أن يفترقا بأبدانهما جاز، لأن ما قبل الافتراق بأبدانهما له حكم المجلس.

وعلى هذا يخرج الإبراء عن رأس مال السلم أنه لا يجوز بدون قبول رب السلم لأن قبض رأس المال

---

(١) أخرجه الدارقطني (٣/ ٢٦٩) في «سننه».
أخرجه الحاكم (٢/ ٥٧) في «المستدرك» وقال: صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه.

(٢) أخرجه البخاري في «صحيحه» في السلم، باب السلم في وزن معلوم (٢٢٣٩).
وأبو داود في «سننه» في البيوع، باب في السلف، برقم (٣٤٦٣).
والترمذي في «جامعه» في البيوع، باب ما جاء في السلف في الطعام والتمر برقم (١٣١١).
والنسائي في «المجتبى» (٧/ ٢٩١) في البيوع، باب السلف في الثمار وابن ماجه في «سننه» في التجارات، باب السلف في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم برقم (٢٢٨٠).

شرط صحة السلم، فلو جاز الإبراء من غير قبوله وفيه إسقاط هذا الشرط أصلاً لكان الإبراء فسخاً معنى [ب/٨٢/م] وأحد العاقدين لا ينفرد بفسخ العقد فلا يصح الإبراء/ وبقي عقد السلم على حاله.

وإذا قبل جاز الإبراء لأن الفسخ حينئذ يكون بتراضيهما وأنه جائز، وإذا جاز الإبراء وأنه في معنى الفسخ انفسخ العقد ضرورة بخلاف الإبراء عن المسلم فيه أنه جائز من غير قبول المسلم إليه لأنه ليس في الإبراء عنه إسقاط شرط، لأن قبض المسلم فيه ليس بشرط فيصح من غير قبول، وبخلاف الإبراء عن ثمن المبيع أنه يصح من غير قبول المشتري إلا أنه يرتد بالرد، لأن قبض الثمن ليس بشرط لصحة البيع إلا أنه يرتد بالرد، لأن في الإبراء معنى التمليك على سبيل التبرع فلا يلزم دفعاً لضرر المنة، ولا يجوز الإبراء عن المبيع لأنه عين والإبراء إسقاط، وإسقاط الأعيان لا يعقل.

وعلى هذا يخرج الاستبدال برأس مال السلم في مجلس العقد أنه لا يجوز، وهو أن يأخذ برأس مال السلم شيئاً من غير جنسه، لأن قبض رأس المال لما كان شرطاً فبالاستبدال يفوت قبضه حقيقة وإنما يقبض بدله وبدل الشيء غيره.

وكذلك الاستبدال ببدل الصرف لما قلنا، فإن أعطى رب السلم من جنس رأس المال أجود أو أردأ ورضي المسلم إليه بالأردأ جاز، لأنه قبض جنس حقه، وإنما اختلف الوصف، فإن كان أجود فقد قضى حقه وأحسن في القضاء وإن كان أردأ فقد قضى حقه أيضاً لكن على وجه النقصان فلا يكون أخذ الأجود والأردأ استبدالاً إلا أنه لا يجبر على أخذ الأردأ لأن فيه فوات حقه عن صفة الجودة فلا بد من رضاه، وهل يجبر على الأخذ إذا أعطاه أجود من حقه، قال علماؤنا الثلاثة رحمهم الله: يجبر عليه وقال زفر: لا يجبر.

وجه قوله: أن رب السلم في إعطاء الزيادة على حقه متبرع والمتبرع عليه لا يجبر على قبول التبرع لما فيه من إلزام المنة فلا يلزمه من غير التزامه.

ولنا: أن إعطاء الأجود مكان الجيد في قضاء الديون لا يعد فضلاً وزيادة في العادات بل يعد من باب الإحسان في القضاء ولواحق الإيفاء، فإذا أعطاه الأجود فقد قضى حق صاحب الحق وأجمل في القضاء فيجبر على الأخذ.

[أ/٨٣/م] وأما الاستبدال بالمسلم فيه بجنس آخر/ فلا يجوز أيضاً لكن بناء على أصل آخر ذكرناه فيما تقدم، وهو أن السلم فيه مبيع منقول، وبيع المبيع المنقول قبل القبض لا يجوز، وإن أعطى أجود أو أردأ فحكمه حكم رأس المال وقد ذكرنا.

وأما استبدال رأس مال السلم بجنس آخر بعد الإقالة أو بعد انفساخ السلم العارض فلا يجوز عندنا خلافاً لزفر، ويجوز استبدال بدل الصرف بعد الإقالة بالإجماع، وقد مر الكلام فيه والفرق فيما تقدم، وتجوز الحوالة برأس مال السلم على رجل حاضر والكفالة به لوجود ركن هذه العقود مع شرائطه فيجوز كما في سائر العقود، فلو امتنع الجواز فإنما يمتنع لمكان الخلل في شرط عقد السلم وهو القبض، وهذه العقود لا تخل بهذا الشرط بل تحققه لكونها وسائل إلى استيفاء الحق فكانت مؤكدة له، هذا مذهب أصحابنا الثلاثة رحمهم الله.

وقال زفر: لا يجوز، لأن هذه العقود شرعت لتوثيق حق يحتمل التأخر عن المجلس فلا يحصل ما شرع له العقد فلا يصح، وهذا غير سديد، لأن معنى التوثيق يحصل في الحقين جميعاً فجاز العقد فيهما جميعاً، ثم إذا جازت الحوالة والكفالة، فإن قبض المسلم إليه رأس مال السلم من المحال عليه أو الكفيل أو من رب السلم فقد تم العقد بينهما إذا كان في المجلس سواء بقي الحويل والكفيل أو افترقا بعد أن كان العاقدان في المجلس، وإن افترقا العاقدان بأنفسهما قبل القبض بطل السلم وبطلت الحوالة والكفالة، وإن بقي المحال عليه والكفيل في المجلس فالعبرة لبقاء العاقدين وافتراقهما لا لبقاء الحويل والكفيل وافتراقهما لأن القبض من حقوق العقد وقيام العقد بالعاقدين فكان المعتبر مجلسهما.

وعلى هذا الحوالة والكفالة ببدل الصرف أنهما جائزان لما قلنا لكن التقابض من الجانبين قبل تفرق العاقدين بأبدانهما شرط وافتراق المحال عليه والكفيل لا يضر لما ذكرنا، فإن افترق العاقدان بأبدانهما قبل التقابض من الجانبين بطل الصرف وبطلت الحوالة والكفالة كما في السلم.

وأما الرهن برأس مال السلم فإن هلك الرهن وقيمته مثل رأس المال أو أكثر فقد تم العقد بينهما لأنه حصل مستوفياً/ لرأس المال، لأن قبض الرهن قبض استيفاء لأنه قبض مضمون وقد تقرر الضمان بالهلاك، [ب/٨٣/م] وعلى الراهن مثله من جنسه في المالية فيتقاصان فحصل الافتراق عن قبض رأس المال فتم عقد السلم، وإن كانت قيمته أقل من رأس المال تم العقد بقدره ويبطل في الباقي لأنه استوفي من رأس المال بقدره، وإن لم يهلك الرهن حتى افترقا بطل السلم لحصول الافتراق لا عن قبض رأس المال وعليه رد الرهن على صاحبه.

وكذا هذا الحكم في بدل الصرف إذا أخذ به رهناً أنه إن هلك الرهن قبل افتراق العاقدين بأبدانهما تم عقد الصرف لأنه بالهلاك صار مستوفياً، وإن لم يهلك حتى افترقا بطل الصرف لفوات شرط الصحة وهو القبض كما في السلم، والله سبحانه وتعالى أعلم.

وعلى هذا يخرج ما إذا كان رأس المال ديناً على المسلم إليه أو على غيره فأسلمه أنه لا يجوز، لأن القبض شرط ولم يوجد حقيقة فيكون افتراقاً عن دين بدين وأنه منهي فإن نقده في المجلس جاز إن كان الدين على المسلم إليه، ولأن المانع ههنا ليس إلا انعدام القبض حقيقة وقد زال، وإن كان على غيره لا يجوز وإن نقده في المجلس لكن هناك مانع آخر وهو العجز عن التسليم، لأن ما في ذمة الغير لا يكون مقدور التسليم والقدرة على التسليم عند العقد من شرائط الصحة على ما مر، وهذا المانع منعدم في الفصل الأول، لأن ذمة المسلم إليه في يده فكان قادراً على التسليم عند العقد وإنما لم يجز لعدم القبض وإذا وجد جاز.

ولو أسلم ديناً وعيناً وافترقا جاز في حصة العين وبطل في حصة الدين، لأن الأصل أن الفساد بقدر المفسد، والمفسد عدم القبض وأنه يخص الدين فيفسد السلم بقدره كما لو اشترى عبدين ولم يقبضهما حتى هلك أحدهما قبل القبض أنه يبطل العقد في الهالك ويبقى في الآخر لما قلنا كذا هذا.

وعلى هذا يخرج ما إذا قبض رأس المال، ثم انتقص القبض فيه بمعنى أوجب انتقاضه أنه يبطل السلم.

وبيان ذلك أن جملة رأس المال لا تخلو أما أن تكون عيناً وهو ما يتعين بالتعيين/ وأما أن تكون ديناً [أ/٨٤/م] وهو ما لا يتعين بالتعيين، والعين لا تخلو أما إن توجد مستحقاً أو معيباً والدين لا يخلو: إما أن يوجد

مستحقاً أو زيوفاً أو نبهرهة، أو ستوقاً، أو رصاصاً. وكل ذلك لا يخلو: إما أن يكون قبل الافتراق أو بعده وجد كله كذلك أو بعضه دون بعض.

وكذلك أحد المتصارفين إذا وجد بدل الصرف كذلك فهو على التفاصيل التي ذكرنا، فإن كان رأس المال عيناً فوجده المسلم إليه مستحقاً أو معيباً، فإن لم يجز المستحق ولم يرض المسلم إليه بالعيب يبطل السلم سواء كان بعد الافتراق أو قبله لأنه انتقض القبض فيه بالاستحقاق والرد بالعيب ولا يمكن إقامة غيره مقامه في القبض، لأنه معين فيحصل الافتراق لا عن قبض رأس المال في المجلس فيبطل السلم، وإن أجاز المستحق ورضي المسلم إليه بالعيب جاز السلم، سواء كان قبل الافتراق أو بعده لأنه تبين أن قبضه وقع صحيحاً فحصل الافتراق عن قبض رأس المال أولاً ولا سبيل للمستحق على المقبوض لأنه لما أجاز فقد صار المقبوض ملكاً للمسلم إليه وله أن يرجع على الناقد بمثله إن كان مثلياً وبقيمته إن لم يكن مثلياً لأنه أتلف عليه ماله بالتسليم.

وكذا في الصرف غير أن هناك إذا كان البدل المستحق أو المعيب عيناً كالتبر والمصوغ من الفضة ولم يجز المستحق ولا رضيَ القابض بالمعيب حتى بطل الصرف يرجع على قابض الدينار بعين الدينار إن كان قائماً وبمثله إن كان هالكاً ولا خيار لقابض الدينار في ظاهر الرواية كما في بيع العين إذا استحق المبيع وأخذه المستحق، ولو كان قابض الدينار تصرف فيه وأخرجه من ملكه لا يفسخ عليه تصرفه وعليه مثله كما في المقبوض بعقد فاسد.

هذا إذا كان رأس المال عيناً، فأما إذا كان ديناً فإن وجده مستحقاً وأجاز المستحق فالسلم ماض سواء كان قبل الافتراق أو بعده لأنه ظهر أن القبض كان صحيحاً ولا سبيل للمشتري على المقبوض ويرجع على الناقد بمثله، لأنه أتلفه بالتسليم وهو مثلي فيرجع عليه بمثله وإن لم يجز، فإن كان قبل الافتراق واستبدل في المجلس فالسلم ماض؛ لأن رأس المال إذا كان ديناً كان الواجب في ذمة رب السلم مثل المستحق لا عينه فقبض المستحق أن لم/ يصح أو انتقض بالاستحقاق وعدم الإجازة يقوم قبض مثله مقامه فيرجع عليه بمثله [ب/٨٤/م] ويلحق ذلك الذي كان بالعدم كأنه لم يقبض وأخر القبض فيه إلى آخر المجلس بخلاف ما إذا كان عيناً لأن المستحق هناك قبض العين وقد انتقض القبض فيه بالاستحقاق وتعذر إقامة قبض غيره مقامه فجعل الافتراق لا عن قبض فيبطل العقد، وإن كان بعد الافتراق يبطل السلم، لأنه تبين أن الافتراق حصل لا عن قبض رأس المال.

هذا إذا وجده مستحقاً، فأما إذا وجده زيوفاً أو نبهرجة فإن تجوز المسلم إليه فالسلم ماض على الصحة سواء وجده قبل الافتراق أو بعده، لأن الزيوف من جنس حقه، لأنها دراهم لكنها معيبة بالزيافة، وفوات صفة الجودة فإذا تجوز به فقد أبرأه عن العيب ورضي بقبض حقه مع النقصان بخلاف الستوق فإنه لا يجوز به وإن تجوز به لأنه ليس من جنس الدراهم على ما نذكره وإن لم يتجوز به ورده، فإن كان قبل الافتراق واستبدله في المجلس فالعقد ماض، وجعل كأنه أخر القبض إلى آخر المجلس، وإن كان بعد الافتراق بطل السلم عند أبي حنيفة وزفر سواء استبدل في مجلس الرد أو لا، وعند أبي يوسف ومحمد إن لم يستبدل في مجلس الرد فكذلك وإن استبدل لا يبطل السلم.

وجه قولهما: أن قبض الزيوف وقع صحيحاً لأنه قبض جنس الحق، ألا يرى أنه لو تجوز بها جاز، ولو لم يكن من جنس حقه لما جاز كالستوق إلا أنه فاتته صفة الجودة بالزيافة فكانت من جنس حقه أصلاً لا وصفاً فكانت الزيافة فيها عيباً، والمعيب لا يمنع صحة القبض كما في بيع العين إذا كان المبيع معيباً وبالرد ينتقض القبض لكن مقصوراً على حالة الرد، ولا يستند الانتقاض إلى وقت القبض فيبقى القبض صحيحاً كان ينبغي أن لا يشترط قبض بدله في مجلس الرد لأن المستحق بعقد السلم القبض مرة واحدة إلا أنه شرط لأن للرد شبهاً بالعقد حيث لا يجب القبض في مجلس الرد إلا بالرد كما لا يجب القبض في مجلس العقد إلا بالعقد فألحق مجلس الرد بمجلس العقد.

وجه قول أبي حنيفة وزفر رحمهما الله: أن الزيوف من جنس حق المسلم إليه لكن أصلاً لا وصفاً، ولهذا ثبت له حق الرد بفوات حقه عن الوصف، فكان حقه في الأصل والوصف جميعاً فصار بقبض الزيوف قابضاً حقه من حيث الأصل لا من حيث الوصف، إلا أنه إذا رضي به فقد أسقط حقه عن الوصف وتبين أن المستحق هو قبض الأصل دون الوصف لإبرائه إياه عن الوصف، فإذا قبضه فقد قبض حقه فيبطل المستحق، وإن لم يرض به تبين أنه لم يقبض حقه، لأن حقه في الأصل والوصف جميعاً؛ فتبين أن الافتراق حصل لا عن قبض رأس مال السلم.

هذا إذا وجده زيوفاً أو نبهرجة فأما إذا وجده ستوقاً أو رصاصاً فإن وجده بعد الافتراق بطل السلم، لأن الستوق ليس من جنس الدراهم، ألا يرى أنها لا تروج في معاملات الناس، فلم تكن من جنس حقه أصلاً ووصفاً فكان الافتراق عن المجلس لا عن قبض رأس المال فيبطل السلم وسواء تجوز به أو لا لأنه إذا لم يكن من جنس حقه كان التجوز به استبدالاً برأس مال السلم قبل القبض، وأنه لا يجوز بخلاف الزيوف فإنها من جنس حقه على ما بينا، وإن وجده في المجلس فاستبدل فالسلم ماضٍ لأن قبضه وإن لم يصح فقد بقي الواجب في ذمة رب السلم دراهم هي حق المسلم إليه، فإذا قبضها فقد قبض حقه في المجلس والتحق قبض الستوق بالعدم كأنه لم يقبض أصلاً وأخر قبض رأس المال إلى آخر المجلس.

وكذا في الصرف غير أن هناك إذا ظهر أن الدراهم ستوقة أو رصاص بعد الافتراق عن المجلس حتى بطل الصرف فقابض الدينار يسترد دراهمه الستوقة وقابض الدراهم يسترد من قابض الدينار عين ديناره إن كان قائماً ومثله إن كان هالكاً ولا خيار لقابض الدينار، كذا ذكر محمد في «الأصل» لأنه إذا ظهر أن المقبوض ستوقة أو رصاص فقد ظهر أن قبضه لم يصح، فتبين أن الافتراق حصل لا عن قبض فيبطل السلم وبقي الدينار في يده من غير سبب شرعي فأشبه يد الغصب واستحقاق المبيع في بيع العين وهناك يسترد عينه إن كان قائماً، كذا ههنا.

وطعن عيسى بن أبان[1] وقال: ينبغي أن يكون قابض الدينار بالخيار إن شاء رد عين الدينار وإن شاء رد مثله ولا يستحق عليه رد عين الدينار، وإن كان قائماً لأنه لم يكن متعيناً في العقد فلا يكون متعيناً في الفسخ.

والاعتبار باستحقاق المبيع غير سديد، لأن هناك ظهر بطلان العقد من الأصل، لأنه إذا لم يجز

(١) تقدمت ترجمته.

المستحق تبين أن العقد وقع باطلاً من حين وجوده وهناك العقد وقع صحيحاً، وإنما بطل في المستقبل لعارض طرأ عليه بعد الصحة فلا يظهر بطلانه من الأصل.

وبعض مشايخنا أخذوا بقول عيسى ونصروه وحملوا جواب الكتاب على ما إذا اختار قابض الدينار رد عين الدينار والله سبحانه وتعالى أعلم.

هذا الذي ذكرنا إذا وجد المسلم إليه كل رأس المال مستحقاً أو معيباً أو زيوفاً أو ستوقاً، فأما إذا وجد بعضه دون بعض ففي الاستحقاق إذا لم يجز المستحق ينقص العقد بقدر المستحق سواء كان رأس المال عيناً أو ديناً بلا خلاف لأن القبض انتقص فيه بقدره، وكذا في الستوق والرصاص، فبطل العقد بقدره قليلاً كان أو كثيراً بالإجماع لما قلنا، وكذا هذا في الصرف غير أن هناك قابض الستوقة يصير شريكاً لقابض الدينار في الدينار الذي دفعه بدلاً عن الدراهم فيرجع عليه بعينه، وعلى قول عيسى قابض الدينار بالخيار على ما ذكرنا.

وأما في الزيوف والنبهرجة: فقياس قول أبي حنيفة رحمه الله أن ينقص العقد بقدره إذا لم يتجوز ورده استبدل في مجلس الرد أو لا، وهو قول زفر لأنه تبين أن قبض المردود لم يصح، فتبين أن الافتراق حصل لا عن قبض رأس المال في قدر المردود فيبطل السلم بقدره إلا أنه استحسن في القليل، وقال إن كان قليلاً فرده واستبدل في ذلك المجلس فالعقد ماض في الكل، وإن كان كثيراً يبطل العقد بقدر المردود لأن الزيافة في القليل مما لا يمكن التحرز عنه لأن الدراهم لا تخلو عن ذلك فكانت ملحقة بالعدم بخلاف الكثير.

واختلفت الرواية عن أبي حنيفة في الحد الفاصل بين القليل والكثير مع اتفاق الروايات على أن الثلث قليل.

وفي رواية عنه: أن ما زاد على الثلث يكون كثيراً.

وفي رواية: النصف، وفي رواية عنه الزائد على النصف، وكذا هذا في الصرف، غير أن هناك إذا كثرت الزيوف فرد حتى بطل العقد في قدر المردود عند أبي حنيفة يصير شريكاً لقابض الدينار فيسترد منه عينه، وعلى قول عيسى قابض الدينار بالخيار على ما بينا، ولو كان تصرف فيه أو أخرجه عن ملكه لا يفسخ عليه تصرفه وعليه مثله كما في البيع الفاسد على ما مر.

[١/٨٦/م] وكل جواب عرفته في السلم/ والصرف فهو الجواب في عقد تتعلق صحته بالقبض قبل الافتراق مما سوى الصرف والسلم كمن كان له على آخر دنانير فصالح منها على دراهم أو كان له على آخر مكيل أو موزون موصوف في الذمة أو غيرهما مما يثبت مثله في الذمة ديناً فصالح منها على دراهم أو نحو ذلك من العقود مما يكون قبض الدراهم فيه قبل الافتراق عن المجلس شرطاً لصحة العقد فقبض الدراهم ثم وجدها مستحقة أو زيوفاً أو نبهرجة أو ستوقة أو رصاصاً كلها أو بعضها قبل الافتراق أو بعده والله سبحانه وتعالى أعلم.

وعلى هذا تخرج مقاصة رأس مال السلم بدين آخر على المسلم إليه بأن وجب على المسلم إليه دين مثل رأس المال أنه هل يصير رأس المال قصاصاً بذلك الدين أم لا، فهذا لا يخلو إما إن وجب دين آخر بالعقد، وإما إن وجب بعقد متقدم على عقد السلم، وأما إن وجب بعقد متأخر عنه، فإن وجب بعقد متقدم على السلم بأن كان رب السلم باع المسلم إليه ثوباً بعشرة دراهم ولم يقبض العشرة حتى أسلم إليه عشرة

دراهم في كر حنطة، فإن جعلا الدينين قصاصاً أو تراضيا بالمقاصة يصير قصاصاً وإن أبى أحدهما لا يصير قصاصاً وهذا استحسان والقياس أن لا يصير قصاصاً كيف ما كان وهو قول زفر.

وجه قوله: أن قبض رأس المال شرط والحاصل بالمقاصة ليس بقبض حقيقة فكان الافتراق حاصلاً لا عن قبض رأس المال فبطل السلم.

ولنا: أن العقد ينعقد موجباً للقبضِ حقيقة لولا المقاصة فإذا تقاصا تبين أن العقد انعقد موجباً قبضاً بطريق المقاصة وقد وجد، ونظيره ما قلنا في الزيادة في الثمن والمثمن أنها جائزة استحساناً وتلتحق بأصل العقد لأن بالزيادة تبين أن العقد وقع على المزيد عليه وعلى الزيادة جميعاً، كذا هذا.

وإن وجب بعقد متأخر عن السلم لا يصير قصاصاً، وإن جعلاه قصاصاً إلا رواية عن أبي يوسف شاذة، لأن بالمقاصة لا يتبين أن العقد وقع موجباً قبضاً بطريق المقاصة من حين وجوده، لأن المقاصة تستدعي قيام دينين، /ولم يكن عند عقد السلم إلا دين واحد فانعقد موجباً حقيقة القبض وأنه لا يحصل بالمقاصة. [ب/٨٦م]

هذا إذا وجب الدين بالعقد فأما إذا وجب بالقبض كالغصب والقرض فإنه يصير قصاصاً أولاً بعد أن كان وجوب الدين الآخر متأخراً عن العقد، لأن العقد إن انعقد موجباً قبضاً حقيقة فقد وجد ههنا لكن قبض الغصب والقرض قبض حقيقة فيجعل عن قبض رأس المال لأنه واجب وقبض الغصب محظور وقبض القرض ليس بواجب فكان إيقاعه عن الواجب أولى بخلاف ما تقدم، لأن هناك لم يوجد القبض حقيقة والقبض بطريق المقاصة يمكن في أحد الفصلين دون الآخر على ما بينا والله عز وجل أعلم.

هذا إذا تساوى الدينان فأما إذا تفاضلا بأن كان أحدهما أفضل والآخر أدون فرضي أحدهما بالقصاص وأبى الآخر فإنه ينظر إن أبى صاحب الأفضل لا يصير قصاصاً، لأن حقه في الجودة معصوم محترم فلا يجوز إبطاله عليه من غير رضاه، وإن أبى صاحب الأدون يصير قصاصاً لأنه لما رضي به صاحب الأفضل فقد أسقط حقه عن الفضل كأنه قضى دينه فأعطاه أجود مما عليه وهناك يجبر على الأخذ كذا هذا والله سبحانه وتعالى أعلم.

وكذلك المقاصة في ثمن الصرف تخرج على هذه التفاصيل التي ذكرناها في رأس مال السلم فافهم والله الموفق للصواب.

ثم ما ذكرنا من اعتبار هذا الشرط وهو قبض رأس المال حال بقاء العقد فأما بعد ارتفاعه بطريق الإقالة أو بطريق آخر فقبضه ليس بشرط في مجلس الإقالة بخلاف القبض في مجلس العقد وقبض بدل الصرف في مجلس الإقالة أنه شرط لصحة الإقالة كقبضهما في مجلس العقد.

ووجه الفرق: أن القبض في مجلس العقد في البابين ما هو شرط لعينه وإنما هو شرط للتعيين وهو أن يصير البدل معيناً بالقبض صيانة عن الافتراق عن دين بدين على ما بينا ولا حاجة إلى التعيين في مجلس الإقالة في السلم لأنه لا يجوز استبداله فيعود إليه عينه فلا تقع الحاجة إلى التعيين بالقبض فكان الواجب نفس القبض فلا يراعى له المجلس بخلاف الصرف/ لأن التعيين لا يحصل إلا بالقبض لأن استبداله جائز فلا بد [أ/٨٧م] من شرط القبض في المجلس ليتعين، والله أعلم.

فصل: وأما الذي يرجع إلى المسلم فيه فأنواع أيضاً: منها أن يكون معلوم الجنس كقولنا حنطة أو شعير أو تمر.

ومنها: أن يكون معلوم النوع كقولنا حنطة سقية أو نحسية تمر برني أو فارسي هذا إذا كان مما يختلف نوعه فإن كان مما لا يختلف فلا يشترط بيان النوع.

ومنها: أن يكون معلوم الصفة كقولنا جيد أو وسط أو رديء.

ومنها: أن يكون معلوم القدر بالكيل أو الوزن أو العد أو الذرع لأن جهالة النوع والجنس والصفة والقدر جهالة مفضية إلى المنازعة وإنها مفسدة للعقد. وقال النبي عليه الصلاة والسلام: «مَنْ أَسْلَمَ مِنْكُمْ فَلْيُسْلِمْ فِي كَيْلٍ مَعْلُومٍ وَوَزْنٍ مَعْلُومٍ إلى أَجَلٍ مَعْلُومٍ»[1].

ومنها: أن يكون معلوم القدر بكيل أو وزن أو ذرع يؤمن عليه فقده عن أيدي الناس فإن كان لا يؤمن فالسلم فاسد بأن أعلم قدره بمكيال لا يعرف عياره بأن قال بهذا الإناء ولا يعلم كم يسع فيه أو بحجر لا يعرف عياره بأن قال: بهذا الحجر ولا يعلم كم وزنه أو بخشبة لا يعرف قدرها بأن قال بهذه الخشبة ولا يعرف مقدارها أو بذراع يده، ولو كان هذا في بيع العين بأن قال: بعتك من هذه الصبرة ملء هذا الإناء بدرهم أو من هذا الزيت وزن هذا الحجر بدرهم يجوز في ظاهر الرواية، وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله أنه لا يجوز في بيع العين أيضاً كما لا يجوز في السلم، وروي عن أبي يوسف أنه كان يقول أولاً لا يجوز ثم رجع وقال يجوز.

وجه هذه الرواية: أن هذا البيع مكايلة والسلم بمقدار المبيع في بيع المكايلة شرط الصحة ولم يوجد فيفسد كما لو باع قفزاناً من هذه الصبرة ولظاهر الرواية الفرق بين السلم وبين بيع العين.

ووجه الفرق بينهما من وجهين:

أحدهما: أن التسليم في باب السلم لا يجب عقيب العقد وإنما يجب بعد محل الأجل فيحتمل أن يهلك الإناء قبل محل الأجل وهذا الاحتمال إن لم يكن غالباً فليس بنادر أيضاً، وإذا هلك يصير المسلم فيه مجهول القدر بخلاف/ بيع العين لأنه يوجب التسليم عقيب العقد وهلاك القفيز عقيب العقد بلا فصل نادر والنادر ملحق بالعدم فلا يصير المبيع مجهول القدر. [ب/٨٧/م]

والثاني: أن القدرة على تسليم المبيع شرط انعقاد العقد وصحته والقدرة على التسليم عند العقد فائتة في باب السلم، لأن السلم بيع المفاليس، وفي ثبوت القدرة عند محل الأجل شك قد تثبت وقد لا تثبت لأنه إن بقي المكيال والحجر والخشبة تثبت، وإن لم يبق لا يقدر فوقع الشك في ثبوت القدرة فلا تثبت بالشك على الأصل المعهود في غير الثابت بيقين إذا وقع الشك في ثبوته أنه لا يثبت بخلاف بيع العين، لأن هناك القدرة على التسليم ثابتة عند العقد وفي فواتها بالهلاك شك فلا تفوت بالشك على الأصل المعهود في الثابت بيقين إذا وقع الشك في زواله أنه لا يزول بالشك.

---

(١) تقدم تخريجه.

وأما قوله: أن العلم بمقدار المبيع في بيع المكايلة شرط الصحة فنقول: العلم بذلك لا يشترط لعينه بل لصيانة العقد عن الجهالة المفضية إلى المنازعة، وهذا النوع من الجهالة لا يفضي إلى المنازعة لإمكان الوصول إلى العلم بقدر المبيع بالكيل للحال بخلاف بيع قفزان من الصبرة لأن هناك لا طريق للوصول إلى العلم بمقدار المبيع فالمشتري يطالبه بزيادة والبائع لا يعطيه فيتنازعان فكانت الجهالة مفضية إلى المنازعة فهو الفرق بين الفصلين، وقيل: إنما يجوز هذا في بيع العين إذا كان الإناء من خزف أو خشب أو حديد أو نحو ذلك لأنه لا يحتمل الزيادة والنقصان.

وأما إذا كان مثل الزنبيل، والجوالق[1]، والغرارة[2]، ونحو ذلك فلا يجوز لأنه يحتمل الزيادة والنقصان والله سبحانه وتعالى أعلم.

ولو كان المسلم فيه مكيلاً فأعلم قدره بالوزن المعلوم أو كان موزوناً فأعلم قدره بالكيل المعلوم جاز، لأن الشرط كونه معلوم القدر بمعيار يؤمن فقده وقد وجده بخلاف ما إذا باع المكيل بالمكيل وزناً بوزن متساوياً في الوزن أو باع الموزون بالموزون كيلاً بكيل متساوياً في الكيل أنه لا يجوز ما لم يتساويا في الكيل أو الوزن، لأن شرط جواز السلم كون المسلم فيه معلوم القدر والعلم بالقدر كما يحصل بالكيل يحصل بالوزن، فأما/ شرط الكيل والوزن في الأشياء التي ورد الشرع فيها باعتبار الكيل والوزن في بيع العين ثبت [أ/٨٨م] نصاً فكان بيعها بالكيل أو الوزن مجازفة فلا يجوز، أما في باب السلم فاعتبار الكيل والوزن لمعرفة مقدار المسلم فيه وقد حصل والله عز وجل أعلم.

ومنها: أن يكون مما يمكن أن يضبط قدره وصفته بالوصف على وجه لا يبقى بعد الوصف إلا تفاوت يسير، فإن كان مما لا يمكن ويبقى بعد الوصف تفاوت فاحش لا يجوز السلم فيه لأنه إذا لم يمكن ضبط قدره وصفته بالوصف يبقي مجهول القدر أو الوصف جهالة فاحشة مفضية إلى المنازعة وأنها مفسدة للعقد.

وبيان ذلك أنه يجوز السلم في المكيلات والموزونات التي تحتمل التعيين والعدديات المتقاربة، أما المكيلات والموزونات فلأنها ممكنة الضبط قدراً وصفة على وجه لا يبقى بعد الوصف بينه وبين جنسه ونوعه إلا تفاوت يسير لأنها من ذوات الأمثال.

وكذلك العدديات المتقاربة من الجوز والبيض، لأن الجهالة فيها يسيرة لا تفضي إلى المنازعة وصغير الجوز والبيض وكبيرهما سواء لأنه لا يجري التنازع في ذلك القدر من التفاوت وبين الناس عادة فكان ملحقاً بالعدم فيجوز السلم فيها عدداً وكذلك كيلاً وهذا عندنا، وقال زفر: لا يجوز.

وجه قوله: أن الجوز والبيض مما يختلف ويتفاوت في الصغر والكبر حتى يشترى الكبير منها بأكثر مما يشترى الصغير فأشبه البطيخ والرمان.

ولنا: أن التفاوت بين صغير الجوز وكبيره يسير اعرض الناس عن اعتباره فكان ساقط العبرة، ولهذا

---

(١) الجَوالَق: بالفتح جمع جوالق بالضم والجواليق بزيادة الياء تسامح.

(٢) الغرارة: بالفتح الغفلة، وبالكسر وهو المراد واحدة غرائر التبن وانظر هامش المغرب (٢/ ١٠٠).

كان مضموناً بالمثل عند الإتلاف بخلاف الرمان والبطيخ فإن التفاوت بين آحاده تفاوت فاحش، ولهذا كان مضموناً بالقيمة.

وأما السلم في الفلوس عدداً فجائز عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وعند محمد: لا يجوز بناء على أن الفلوس أثمان عنده فلا يجوز السلم فيها كما لا يجوز السلم في الدراهم والدنانير، وعندهما ثمنيتها ليست بلازمة بل تحتمل الزوال لأنها ثبتت بالاصطلاح فتزول بالاصطلاح/ [ب/٨٨/م] وإقدام العاقدين على عقد السلم فيها مع علمهما أنه لا صحة للسلم في الأثمان اتفاق منهما على إخراجها عن صفة الثمنية فتبطل ثمنيتها في حق العاقدين سابقاً على العقد وتصير سلعاً عددية فيصح السلم فيها كما في سائر السلع العددية كالنصال ونحوها.

وأما الذرعيات كالثياب والبسط والحصير والبواري ونحوها فالقياس أن لا يجوز السلم فيها لأنها ليست من ذوات الأمثال لتفاوت فاحش بين ثوب وثوب، ولهذا لم تضمن بالمثل في ضمان العدديات بل بالقيمة فأشبه السلم في اللآلىء والجواهر إلا أنا استحسنّا الجواز لقوله عز وجل في آية الدين ﴿وَلَا تَسْأَمُوا أَنْ تَكْتُبُوهُ صَغِيراً أَوْ كَبِيراً إِلَى أَجَلِهِ﴾[1] والمكيل والموزون لا يقال فيه الصغير والكبير وإنما يقال ذلك في الذرعيات والعدديات، ولأن الناس تعاملوا السلم في الثياب لحاجتهم إلى ذلك فيكون إجماعاً منهم على الجواز فيترك القياس بمقابلته ولأنه إذا بين جنسه وصفته ونوعه ورفعته وطوله وعرضه يتقارب التفاوت فليحق بالمثل في باب السلم شرعاً لحاجة الناس، ولا حاجة إلى الإلحاق بالمثل في باب الاستهلاك مع ما أن هذا الاعتبار غير سديد لأنه قد يحتمل في المعاملات من التفاوت اليسير مالا يحتمل مثله في الإتلافات، فإن الأب إذا باع مال ولده بغبن يسير جاز ولا يضمن.

ولو أتلف عليه شيئاً يسيراً من ماله يضمن فلا يستقيم الاستبدال.

هذا إذا أسلم في ثوب الكرباس أو الكتان، فأما إذا أسلم في ثوب الحرير فهل يشترط فيه بيان الوزن بعد بيان الجنس والنوع والصفة والرفعة والطول والعرض إن كان مما تختلف قيمته باختلاف وزنه من القلة والكثرة بعد التساوي في الجنس والنوع والصفة والرفعة والطول والعرض يشترط، لأن بعد بيان هذه الأشياء تبقى جهالته مفضية إلى المنازعة، وإن كان مما لا يختلف يجوز لأن جهالة الوزن فيه لا تفضي إلى المنازعة.

ولا يجوز السلم في العدديات المتفاوتة من الحيوان والجواهر واللآلىء والجوز والجلود والأدم والرؤوس والأكارع والبطيخ والقثاء والرمان والسفرجل ونحوها من العدديات المتفاوتة لأنه لا يمكن ضبطها بالوصف إذ/ [أ/٨٩/م] يبقى بعد بيان جنسها ونوعها وصفتها وقدرها جهالة فاحشة مفضية إلى المنازعة لتفاوت فاحش بين جوهر وجوهر ولؤلؤ ولؤلؤ وحيوان وحيوان، وكذا بين جلد وجلد ورأس ورأس في الصغر والكبر والسمن والهزال، وقال الشافعي رحمه الله[2]: يجوز السلم في الحيوان.

---

(١) سورة البقرة، الآية: (٢٨٢).

(٢) كما في «الأم» (٣/١١٧) و«الروضة» (٤/١٨) و«الوجيز» (٨/١٥٦) و«المنهاج» صفحة (٥٣) واشترط فيه أن يكون معلوم الثمن والنوع والشبه والصفة.

واستدل بما أخرجه مسلم في «صحيحه» في المساقاة، باب من استسلف شيئاً برقم (١٦٠٠) عن أبي رافع أن رسول الله ﷺ استلف بكراً وقضاه رباعياً. وقال: «فإن خيار الناس أحسنهم قضاء».

وجه قوله: أن المانع من الجواز هنا جهالة المسلم فيه وقد زالت ببيان الجنس والنوع والصفة والسن لأن الحيوان معلوم الجنس والنوع والصفة فكان مضبوط الوصف والتفاوت فيما وراء ذلك لا يعتبر، ولهذا وجب ديناً في الذمة في النكاح فأشبه الثياب.

ولنا: أن بعد بيان هذه الأشياء يبقي بين فرس وفرس تفاوت فاحش في المالية فتبقى جهالة مفضية إلى المنازعة وأنها مانعة صحة العقد لما ذكرنا من الوجوه فيما قيل.

وقد روي عن ابن عباس رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ: «نَهَى عَنْ السَّلَفِ فِيْ الحَيَوانِ»[1] والسلف والسلم واحد في اللغة والاعتبار بالنكاح غير سديد لأنه يتحمل جهالة لا يتحملها البيع.

ألا ترى أنه يصح من غير ذكر البدل وببدل مجهول وهو مهر المثل ولا يصح البيع إلا ببدل معلوم فلا يستقيم الاستدلال.

ولا يجوز السلم في التبن أحمالاً أو أوقاراً لأن التفاوت بين الحمل والحمل والوقر والوقر مما يفحش إلا إذا أسلم فيه بقبان معلوم من قبابين التجار فلا يختلف فيجوز، ولايجوز السلم في الحطب حزماً ولا أوقاراً للتفاوت الفاحش بين حزمة وحزمة ووقر ووقر.

وكذا في القصب والحشيش والعيدان إلا إذا وصفه بوصف يعرف ويتقارب التفاوت فيجوز؛ ويجوز السلم في اللبن والآجر إذا سمى ملبناً معلوماً لا يختلف ولا يتفاوت إلا يسيراً.

وكذا في الطوابيق إذا وصفها بوصف يعرف على وجه لا يبقى بعد الوصف جهالة مفضية إلى المنازعة، لأن الفساد للجهالة فإذا صار معلوماً بالوصف جاز، وكذا في طشت أو قمقمة أو خفين أو نحو ذلك إن كان يعرف يجوز، وإن كان لا يعرف لا يجوز، لأن المسلم فيه دين حقيقة والدين يعرف/ بالوصف، فإن كان مما [ب/٨٩/م] يحصل تمام معرفته بالوصف بأن لم تبق فيه جهالة مفضية إلى المنازعة جاز السلم فيه وإلا فلا، ولو استصنع رجل شيئًا من ذلك بغير أجل جاز استحساناً.

= فقال الشافعي عقبه في «الأم»: «فهذا الحديث الثابت عن رسول الله ﷺ وبه أخذ، وفيه أن رسول الله ﷺ ضمن بعيراً بصفة، وفي هذا ما دل على أنه يجوز أن يضمن الحيوان كله بصفة في «السلف»، راجع «الأم» (٣/ ١١٧ ـ ١٨٨).

(١) أخرجه الدارقطني (٣/ ٧١).
والحاكم (٢/ ٥٧) وقال: صحيح الإسناد ولم يخرجاه قال ابن حبان: إسحاق بن إبراهيم ـ راوي الحديث ـ منكر الحديث جداً يأتي عن الثقات بالموضوعات لا يحل كتب حديثه إلا على جهة التعجب. انظر «نصب الراية» (٤/ ٤٦).
واستدل علمائنا بأمور أخر فقد قال العلامة المنبجي في كتابه «اللباب في المجمع بين السنة والكتاب» بدليل إجماع المسلمين.
وأجاب عن الحديث الذي استدل به الشافعي بقوله: يحتمل أن يكون هذا قبل تحريم الربا، كما كان يجوز بيع الحيوان نسيئة ثم نهي عنه يدل على ذلك ما روى الطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٤/ ٦٠).
وأبو داود في «سننه» برقم (٣٣٥٧) في البيوع عن عبد الله بن عمرو رضي الله عنه: «أن رسول الله ﷺ أمره أن يجهز جيشاً فنفذت الإبل، فأمره بأن يأخذ في خلاص الصدقة، فجعل يأخذ البعير بالبعير إلى إبل الصدقة» ثم نهى رسول الله ﷺ عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة، فدخل في ذلك استقراض الحيوان..
وروى الطحاوي في «شرح معاني الآثار» في البيوع، باب استقراض الحيوان (٤/ ٦٣) عن إبراهيم عن ابن مسعود رضي الله عنه قال: «السلف في كل شيء إلى أجل مسمى لا بأس به ما خلا الحيوان».

والكلام في الاستصناع في مواضع: في بيان جوازه أنه جائز أم لا، وفي بيان شرائط جوازه، وفي بيان كيفية جوازه، وفي بيان حكمه.

أما الأول فالقياس يأبى جواز الاستصناع لأنه بيع المعدوم كالسلم بل هو أبعد جوازاً من السلم، لأن المسلم فيه تحتمله الذمة لأنه دين حقيقة والمستصنع عين توجد في الثاني والأعيان لا تحتملها الذمة فكان جواز هذا العقد أبعد عن القياس عن السلم.

وفي الاستحسان: جاز لأن الناس تعاملوه في سائر الأعصار من غير نكير فكان إجماعاً منهم على الجواز فيترك القياس، ثم هو بيع عند عامة مشايخنا، وقال بعضهم: هو عِدَة وليس بسديد، لأن محمداً ذكر القياس والاستحسان في جوازه.

وذكر القياس والاستحسان: لا يليق بالعِدَات، وكذا ثبت خيار الرؤية للمستصنع وأنه خصائص البيوع وكذا من شرط جوازه أن يكون فيما للناس فيه تعامل والعدات لا يتقيد جوازها بهذه الشرائط فدل أن جوازه جواز البياعات لا جواز العدات والله سبحانه وتعالى أعلم.

وأما شرائط جوازه:

فمنها: بيان جنس المستصنع ونوعه وقدره وصفته لأنه مبيع فلا بد وأن يكون معلوماً والعلم إنما يحصل بأشياء: منها أن يكون ما للناس فيه تعامل كالقلنسوة والخف والآنية ونحوها فلا يجوز فيما لا تعامل لهم فيه كما إذا أمر حائكاً أن يحوك له ثوباً بغزل نفسه ونحو ذلك مما لم تجرِ عادات الناس بالتعامل فيه، لأن جوازه مع أن القياس يأباه ثبت بتعامل الناس فيختص بما لَهُمْ فيه تعامل ويبقى الأمر فيما وراء ذلك موكولاً إلى القياس.

[١/ ٩٠م] وأما كيفية جوازه فهي أنه عقد غير لازم في حق كل واحد منهما قبل رؤية المستصنع والرضا به/ حتى كان للصانع أن يمتنع من الصنع وأن يبيع المصنوع قبل أن يراه المستصنع وللمستصنع أن يرجع أيضاً، لأن القياس أن لا يجوز أصلاً إلا أن جوازه ثبت استحساناً بخلاف القياس لحاجة الناس وحاجتهم قبل الصنع أو بعده قبل رؤية المستصنع والرضا به أقرب إلى الجواز دون اللزوم فيبقى اللزوم قبل ذلك على أصل القياس.

وأما حكم الاستصناع: فحكمه في حق المستصنع إذا أتى الصانع بالمستصنع على الصفة المشروطة ثبوت ملك غير لازم في حقه حتى يثبت له خيار الرؤية إذا رآه إن شاء أخذه، وإن شاء تركه وفي حق الصانع ثبوت ملك لازم إذا رآه المستصنع ورضي به ولا خيار له، وهذا جواب ظاهر الرواية.

وروي عن أبي حنيفة أنه غير لازم في حق كل واحد منهما حتى يثبت لكل واحد منهما الخيار.

وروي عن أبي يوسف رحمه الله أنه لازم في حقهما حتى لا خيار لأحدهما لا للصانع ولا للمستصنع أيضاً.

وجه رواية أبي يوسف: أن في إثبات الخيار للمستصنع إضراراً بالصانع لأنه قد أفسد متاعه وفرى جلده وأتى بالمستصنع على الصفة المشروطة فلو ثبت له الخيار لتضرر به الصانع فيلزم دفعاً للضرر عنه.

وجه الرواية الأولى: أن في اللزوم إضراراً بهما جميعاً، أما إضرار الصانع فلما قال أبو يوسف، وأما ضرر المستصنع فلأن الصانع متى لم يصنعه واتفق له مشتر يبيعه فلا تندفع حاجة المستصنع فيتضرر به فوجب أن يثبت الخيار لهما دفعاً للضرر عنهما.

وجه ظاهر الرواية: وهو إثبات الخيار للمستصنع لا للصانع أن المستصنع مشترٍ شيئًا لم يره لأن المعقود عليه وهو المستصنع وإن كان معدوماً حقيقة لكنه جعل موجوداً شرعاً حتى جاز العقد استحساناً ومن اشترى شيئاً لم يره فهو بالخيار إذا رآه والصانع بائع شيئاً لم يره فلا خيار له، ولأن إلزام حكم العقد في جانب المستصنع إضرار، لأن من الجائز أن لا يلائمه المصنوع ولا يرضى به فلو لزمه وهو مطالب بثمنه فيحتاج إلى بيعه من غيره ولا يشتري منه بمثل قيمته فيتضرر به وليس في الإلزام في جانب الصانع ضرر لأنه إن لم يرض به المستصنع يبيعه من غيره بمثل قيمته وذلك ميسر عليه لكثرة ممارسته.

هذا إذا استصنع شيئاً ولم يضرب له أجلاً، فأما إذا ضرب له أجلاً فإنه ينقلب سلماً عند أبي حنيفة فلا يجوز إلا بشرائط السلم ولا خيار لواحد/ منهما كما في السلم، وعندهما هو على حاله استصناع وذكره [ب/٩٠/م] الأجل للتعجيل، ولو ضرب الأجل فيما لا تعامل فيه ينقلب سلماً بالإجماع.

وجه قولهما: أن هذا استصناع حقيقة فلو صار سلماً إنما يصير بذكره المدة وأنه قد يكون للاستعجال كما في الاستصناع فلا يخرج عن كونه استصناعاً مع الاحتمال.

ولأبي حنيفة: أن الأجل في البيع من الخصائص اللازمة للسلم فذكره يكون ذكراً للسلم معنى وإن لم يذكره صريحاً كالكفالة بشرط براءة الأصيل أنها حوالة معنى، وإن لم يأت بلفظ الحوالة.

وقوله: ذكر الوقت قد يكون للاستعجال، قلنا: لو حمل على الاستعجال لم يكن مفيداً لأن التعجيل غير لازم، ولو حمل على حقيقة التأجيل لكان مفيداً لأنه لازم فكان الحمل عليه أولى ولا يجوز السلم في اللحم في قول أبي حنيفة، وقال أبو يوسف ومحمد يجوز إذا بين جنسه ونوعه وصفته وقدره وسنه وموضعه لأن الفساد لمكان الجهالة وقد زالت ببيان هذه الأشياء، ولهذا كان مضموناً بالمثل في ضمان العدوان.

ولأبي خنيفة: أن الجهالة تبقى بعد بيان ما ذكرناه من وجهين:

أحدهما: من جهة الهزال والسمن.

والثاني: من جهة قلة العظم وكثرته، وكل واحدة منهما مفضية إلى المنازعة.

وقياس الوجه الثاني: أنه لو أسلم في منزوع العظم يجوز وهو رواية الكرخي عن أبي حنيفة رحمهما الله.

وقياس الوجه الأول: أنه لا يجوز كيف ما كان، وهو ظاهر الرواية عن أبي حنيفة، وهو الصحيح لأنه إن زالت الجهالة من إحدى الجهتين بقيت من جهة أخرى وهي جهالة السمن والهزال فكان المسلم فيه مجهولاً فلا يصح السلم إلا أنه جعل مثلاً في ضمان العدوان وسقط اعتبار التفاوت فيه شرعاً تحقيقاً لمعنى الزجر من وجه لأن ذلك لا يحصل بالقيمة لأن للناس رغائب في الأعيان ما ليس في قيمتها، ويجوز السلم

في الإلية والشحم وزناً لأنه لا تختلف بالسمن والهزال إلا يسيراً بخلاف اللحم، فإن التفاوت بين غير السمين والسمين والمهزول وغير المهزول تفاوت فاحش.

[أ/٩١/م] وأما السلم في السمك فقد اختلفت/ عبارات الأصل في ذلك.

والصحيح: أنه يجوز السلم في الصغار منه كيلاً ووزناً مالحاً كان أو طرياً بعد أن كان في حيزه، لأن الصغار منه لا يتحقق فيه اختلاف السمن والهزال ولا اختلاف العظم بخلاف اللحم عند أبي حنيفة، وفي الكبار عن أبي حنيفة روايتان: في رواية لا يجوز طرياً كان أو مالحاً كالسلم في اللحم لاختلافها بالسمن والهزال كاللحم وفي رواية يجوز كيف ما كان وزناً لأن التفاوت بين سمينه ومهزوله لا يعد تفاوتاً عادة لقلته، وعند أبي حنيفة ومحمد لا يجوز بخلاف اللحم عندهما، والفرق لهما أن بيان الموضع من اللحم شرط الجواز عندهما، وذلك لا يتحقق في السمك فأشبه السلم في المساليخ والله سبحانه وتعالى أعلم.

وأما السلم في الخبز عدداً فلا يجوز بالإجماع لتفاوت فاحش بين خبز وخبز في الصغر والكبر.

وأما وزناً فقد ذكر الكرخي أن السلم في الخبز لا يجوز في قولهم لتفاوت فاحش بين خبز وخبز في الخبز والخفة والثقل فتبقى جهالة مفضية إلى المنازعة، ولأن جواز السلم ثبت بخلاف القياس بتعامل الناس ولا تعامل في الخبز، وذكر في نوادر ابن رستم أنه لا يجوز عند أبي حنيفة ومحمد، وعند أبي يوسف يجوز.

ومنها: أن يكون موجوداً من وقت العقد إلى وقت الأجل، فإن لم يكن موجوداً عند العقد أو عند محل الأجل أو كان موجوداً فيهما لكنه انقطع من أيدي الناس فيما بين ذلك كالثمار والفواكه واللبن وأشباه ذلك لا يجوز السلم، وهذا عندنا، وقال الشافعي[1] رحمه الله: الشرط وجوده عند محل الأجل لا غير.

وجه قوله: أن اعتبار هذا الشرط وهو الوجود ليس لعينه بل للقدرة على التسليم فيعتبر وقت وجوب التسليم وذلك عند محل الأجل، فأما قبل ذلك فالوجود فيه والعدم بمنزلة واحدة.

ونظير هذا في العقليات ما قلنا في استطاعة الفعل أنها مع الفعل لا تتقدمه لأن وجودها للفعل فيجب وجودها عند الفعل لا سابقاً عليه كذا هذا.

[ب/٩١/م] ولنا: أن القدرة على التسليم ثابتة للحال وفي وجودها/ عند المحل شك لاحتمال الهلاك فإن بقي حياً إلى وقت المحل ثبتت القدرة، وإن هلك قبل ذلك لا تثبت والقدرة لم تكن ثابتة فوقع الشك في ثبوتها فلا تثبت مع الشك، ولو كان موجوداً عند العقد ودام وجوده إلى محل الأجل فحل الأجل ولم يقبضه حتى انقطع عن أيدي الناس لا ينفسخ السلم بل هو على حاله صحيح، لأن السلم وقع صحيحاً لثبوت القدرة على التسليم لكون المسلم فيه موجوداً وقت العقد ودام وجوده إلى محل الأجل إلا أن عجز عن التسليم للحال لعارض الانقطاع مع عرضية حدوث القدرة ظاهراً بالوجود فكان في بقاء العقد فائدة والعقد إذا انعقد صحيحاً يبقى لفائدة محتملة الوجود والعدم على السواء كبيع الآبق إذا أبق قبل القبض فلأن يبقى لفائدة عود القدرة في

---

(١) انظر «الأم» (٣/ ٩٥) و «المنهاج» صفحة (٥٣) و «روضة الطالبين» (٤/ ١١).

الثاني ظاهراً أولى لكن يثبت الخيار لرب السلم إن شاء فسخ العقد، وإن شاء انتظر وجوده، لأن الانقطاع قبل القبض بمنزلة تغير المعقود عليه قبل القبض وأنه يوجب الخيار، ولو أسلم في حنطة قبل حدوثها لا يصح عندنا، لأنه أسلم في المنقطع.

وعلى هذا يخرج ما إذا أسلم في حنطة موضع أنه إن كان مما لا يتوهم انقطاع طعامه جاز السلم فيه كما إذا أسلم في حنطة خراسان أو العراق أو فرغانة، لأن كل واحد منها اسم لولاية فلا يتوهم انقطاع طعامها، وكذا إذا أسلم في طعام بلدة كبيرة «كسمرقند» و «بخارى» أو «كاشان»[1] جاز لأنه لا ينفد طعام هذه البلاد إلا على سبيل الندرة والنادر ملحق بالعدم.

ومن مشايخنا من قال: لا يجوز إلا في طعام ولاية لأن وهم الانقطاع فيما وراء ذلك ثابت والسلم عقد جوز بخلاف القياس لكونه بيع المعدوم فتجب صيانته عن غرر الانقطاع ما أمكن.

والصحيح: أن الموضع المضاف إليه الطعام وإن كان مما لا ينفد طعامه غالباً يجوز السلم فيه سواء كان ولاية أو بلدة كبيرة، لأن الغالب في أحكام الشرع ملحق بالمتيقن، وإن كان مما يحتمل أن ينقطع طعامه فلا يجوز فيه السلم كأرض بعينها أو قرية بعينها، لأنه إذا احتمل الانقطاع لا على سبيل/ [أ/٩٢م] الندرة لا تثبت القدرة على التسليم لما ذكرنا أنه لا قدرة له للحال لأنه بيع المفاليس وفي ثبوت القدرة عند محل الأجل شك لاحتمال الانقطاع فلا تثبت القدرة مع الشك.

وقد روي: أن زيدَ بنَ شَعبةَ لَمَّا أَرَادَ أَنْ يُسْلِمَ إِلَى رَسولِ اللَّهِ ﷺ قَالَ: أُسْلِمُ إليك فِي تَمْرِ نَخْلَةٍ بِعَيْنِها، فَقَالَ عَلَيْهِ الصَّلاَةُ والسَّلامُ: «**أَمَّا فِي تَمْرِ نَخْلَةٍ بِعَيْنِها فَلاَ**». وذكر في «**الأصل**» إذا أسلم في حنطة هراة لا يجوز وأراد قرية من قرى الفرات المسماة بهراة لأنه مما يحتمل انقطاع طعامه ثم لو أسلم في ثوب هراة وذكر شرائط السلم يجوز.

ووجه الفرق: بينهما ظاهر لأن إضافة الثوب إلى هراة ذكر شرط من شرائط السلم لا جواز له بدونه، وهو بيان النوع لا تخصيص الثوب بالمكان المذكور بدليل أن المسلم إليه لو أتى بثوب نسج في غير هراة لكن على صفة ثوب هراة يجبر رب السلم على القبول، فإذا ذكر النوع وذكر الشرائط الأخر كان هذا عقداً استجمع شرائطه فيجوز، فأما إضافة الطعام إلى هراة فليس يفيد شرطاً لا جواز للسلم بدونه، ألا ترى أنه لو ترك الإضافة أصلاً جاز السلم فبقيت الإضافة لتخصيص الطعام بموضع معين يحتمل انقطاع طعامه فلم يجز، والله عز وجل أعلم.

ومنها: أن يكون مما يتعين بالتعيين، فإن كان مما لا يتعين بالتعيين كالدراهم والدنانير لا يجوز السلم فيه، لأن المسلم فيه بيع لما روينا أن النبي ﷺ: «**نَهَى عَنْ بَيْعِ مَا لَيْسَ عِنْدَ الإِنْسَانِ ورَخَّصَ في السَّلم**»[2]، سمي السلم بيعاً فكان المسلم فيه مبيعاً والمبيع مما يتعين بالتعيين والدراهم والدنانير لا تتعين في عقود المعاوضات فلم تكن مبيعة فلا يجوز السلم فيها، وهل يجوز السلم في التبر والنقرة والمصوغ، فعلى رواية

---

(١) كاشان: بالشين المعجمة وآخره نون: مدينة بما وراء النهر على بابها وادي أفيكث.

(٢) تقدم تخريجه.

كتاب الصرف لا يجوز لأنه جعلها بمنزلة الدراهم والدنانير المضروبة.

وعلى رواية كتاب المضاربة يجوز لأنه جعلها بمنزلة العروض حيث لم يُجَوِّز المضاربة بها فتتعين بالتعيين فكانت مبيعة فيجوز السلم فيها.

وعلى هذا أيضاً يُخَرَّج السلم في الفلوس عدداً إنه جائز عند أبي حنيفة رحمه الله وأبي يوسف لأن الفلوس ما تتعين بالتعيين في الجملة عندهما حتى جوز/ بيع فلس بفلس بأعيانهما، وعند محمد لا يجوز [ب/٩٢/م] السلم فيها كما لا يجوز في الدراهم والدنانير لأنها أثمان عنده، ولهذا لم يجز بيع واحد منها باثنين بأعيانهما، ويجوز السلم في القماقم والأواني الصفرية التي تباع عدداً لأنها تتعين بالتعيين فكانت مبيعة، وإن كانت تباع وزناً لا يجوز السلم فيها ما لم يعرف وزنها لأنها مجهولة القدر والله عز وجل أعلم.

ومنها أن يكون مؤجلاً عندنا حتى لا يجوز السلم في الحال.

وعند الشافعي[1] هذا ليس بشرط وسلم الحال جائز.

وجه قوله: أن الأجل شرع نظراً للمسلم إليه تمكيناً له من الاكتساب فلا يكون لازماً كما في بيع العين.

ولنا: ما روي عن رسول الله ﷺ أنه قال: «مَنْ أَسْلَمَ فَلْيُسْلِمْ فِي كَيْلٍ مَعْلُومٍ وَوَزْنٍ مَعْلُومٍ إِلَى أَجَلٍ مَعْلُومٍ»[2] أوجب عليه الصلاة والسلام مراعاة الأجل في السلم كما أوجب مراعاة القَدْر فيه، فيدل على كونه شرطاً فيه كالقدر، ولأن السلم حالاً يفضي إلى المنازعة، لأن السلم بيع المفاليس فالظاهر أن يكون المسلم إليه عاجزاً عن تسليم المسلم فيه، ورب السلم يطلب بالتسليم فيتنازعان على وجه تقع الحاجة إلى الفسخ، وفيه إلحاق الضرر برب السلم لأنه سلم رأس المال إلى المسلم إليه وصرفه في حاجته، فلا يصل إلى المسلم فيه ولا إلى رأس المال فشرط الأجل حتى لا يملك المطالبة إلا بعد حل الأجل، وعند ذلك يقدر على التسليم ظاهراً فلا يؤدي إلى المنازعة المفضية إلى الفسخ والإضرار برب السلم ولأنه عقد لم يشرع إلا رخصة لكونه بيع ما ليس عند الإنسان، لما روي أن النبي ﷺ: «نَهَى عَنْ بَيْعِ مَا لَيْسَ عِنْدَ الإِنْسَانِ وَرَخَّصَ فِي السَّلَمِ»[3] فهذا الحديث يدل على أن بيع ما ليس عند الإنسان لم يشرع إلا رخصة وإن السلم بيع ما ليس عند الإنسان أيضاً على ما ذكرنا من قبل.

والرخصة في عرف الشرع اسم لما يغير عن الأمر الأصلي بعارض عذر إلى تخفيف ويسر، كرخصة تناول الميتة وشرب الخمر بالإكراه والمخمصة ونحو ذلك، فالترخص في السلم هو تغيير الحكم الأصلي وهو حرمة بيع ما ليس عند الإنسان إلى الحل/ بعارض عذر العدم ضرورة الإفلاس، فحالة الوجود والقدرة [أ/٩٣/م] لا يلحقها اسم قدرة الرخصة، فيبقى الحكم فيها على العزيمة الأصلية، فكانت حرمة السلم الحال على هذا التقرير مستفادة من النص، كأن ينبغي أن لا يجوز السلم من القادر على تسليم المسلم فيه للحال، إلا أنه صار مخصوصاً عن النهي العام فألحق بالعاجز عن التسليم للحال على اعتبار الأصل وإلحاق النادر بالعدم في

(١) انظر «الأم» (٣/ ١٠٣).
(٢) تقدم تخريجه.
(٣) تقدم تخريجه.

أحكام الشرع والله سبحانه وتعالى الموفق للصواب.

ومنها: أن يكون مؤجلاً بأجل معلوم، فإن كان مجهولاً فالسلم فاسد، سواء كانت الجهالة متفاحشة أو متقاربة، لأن كل ذلك يفضي إلى المنازعة وأنها مفسدة للعقد لجهالة القدر وغيرها على ما ذكرنا.

وأما مقدار الأجل فلم يذكر في «**الأصل**». وذكر الكرخي: أن تقدير الأجل إلى العاقدين حتى لو قدرا نصف يوم جاز.

وقال بعض مشايخنا: أقله ثلاثة أيام قياساً على خيار الشرط. وهذا القياس غير سديد لأن أقل مدة الخيار ليس بمقدر والثلاث أكثر المدة على أصل أبي حنيفة فلا يستقيم القياس.

وروي عن محمد: أنه قدر بالشهر وهو الصحيح. لأن الأجل إنما شرط في السلم ترفيهاً وتيسيراً على المسلَم إليه ليتمكن من الاكتساب في المدة والشهر مدة معتبرة يُمَكَّنُ فيها من الاكتساب فيتحقق معنى الترفيه.

فأما ما دونه ففي حد القلة فكان له حكم الحلول والله عز وجل أعلم.

ولو مات المسلم إليه قبل الأجل حل الدين. وكذلك كل دين مؤجل سواه إذا مات من عليه الدين.

والأصل في هذا أن موت من عليه الدين يبطل الأجل وموت من له الدين لا يبطل. لأن الأجل حق المديون لا حق صاحب الدين فتعتبر حياته وموته في الأجل وبطلانه والله عز وجل أعلم.

ومنها: بيان مكان إيفائه إذا كان له حمل ومؤونة عند أبي حنيفة، وعند أبي يوسف ومحمد ليس بشرط، وعلى هذا الخلاف/ بيان مكان الأجرة في الإجارات إذا كان لها حمل ومؤونة، وعلى هذا الخلاف إذا جعل [ب/٩٣/م] المكيل الموصوف أو الموزون الموصوف ثمناً في بيع العين أنه لا بد من بيان مكان التسليم عنده خلافاً لهما، كذا أطلقه الكرخي ولم يفصل بين ما إذا كان مؤجلاً أو غير مؤجل.

ومن أصحابنا من فرقوا فقالوا: إذا كان حالاً يتعين مكان العقد للتسليم بالإجماع. وحاصل الاختلاف راجع إلى مكان العقد هل يتعين للإيفاء؟ عنده لا يتعين وعندهما يتعين، لأنه إذا لم يتعين مكان العقد للإيفاء عنده ولم يوجد منهما تعيين مكان آخر بقي مكان الإيفاء مجهولاً جهالة مفضية إلى المنازعة فيفسد العقد ولما تعين مكان العقد للإيفاء عندهما صار مكان الإيفاء معلوماً فيصح.

وجه قولهما: أن سبب وجوب الإيفاء هو العقد، والعقد وجد في هذا المكان فيتعين مكان العقد لوجوب الإيفاء فيه كما في بيع العين إذا كان المسلم فيه شيئاً له حمل ومؤونة فإنه يتعين مكان العقد لوجوب الإيفاء فيه لما قلنا كذا هذا.

ولأبي حنيفة رحمه الله: أن العقد وجد مطلقاً عن تعيين مكان فلا يتعين مكان العقد للإيفاء، والدليل على إطلاق العقد عن تعيين مكان الحقيقة والحكم. أما الحقيقة: فلأنه لم يوجد ذكر المكان في العقد نصاً فالقول بتعيين مكان العقد شرعاً من غير تعيين العاقدين تقييد لمطلق فلا يجوز إلا بدليل.

وأما الحكم فإن العاقدين لو عينا مكاناً آخر جاز، ولو كان تعيين مكان العقد من مقتضيات العقد شرعاً

لكان تعيين مكان آخر تغييراً لمقتضى العقد وأنه يعتبر فيه حكم الشرع فينبغي أن لا يجوز، وإذا لم يتعين مكان العقد للإيفاء بقي مكان الإيفاء مجهولاً جهالةً مفضية إلى المنازعة، لأن في الأشياء التي لها حمل ومؤونة تختلف باختلاف الأمكنة لما يلزم في حملها من مكان إلى مكان آخر من المؤونة فيتنازعان.

وأما قولهما: سبب وجوب التسليم هو العقد في هذا المكان.

[أ/٩٤م] قلنا: ليس كذلك فإن العقد قائم بالعاقدين لا بالمكان/ فلم يوجد العقد في هذا المكان وإنما هذا مكان المتعاقدين على أن العقد ليس بسبب لوجوب التسليم للحال وإنما يصير سبباً عند حل الأجل مقصوراً عليه وعند ذلك مكان العاقدين ليس بمتحد بل مختلف فيتنازعان.

وأما المسلم فيه إذا لم يكن له حمل ومؤونة فعن أبي حنيفة فيه روايتان في رواية لا يتعين مكان العقد هناك أيضاً، وهو رواية كتاب الإجارات ويوفيه في أي مكان شاء، وهذا لا يوجب الفساد، لأن الفساد ههنا لمكان الجهالة المفضية إلى المنازعة لاختلاف القيمة باختلاف الأمكنة وما لا حمل له ولا مؤونة لا تختلف قيمته باختلاف الأماكن فلم تكن جهالة مكان الإيفاء مفضية إلى المنازعة، وفي رواية يتعين مكان العقد للإيفاء، وهو قول أبي يوسف ومحمد وهو رواية الجامع الصغير. ورواية البيوع من الأصل.

ومن مشايخنا من أوَّلَ هذه الرواية وقال هي معنى قوله يوفيه في المكان الذي أسلم فيه إذا لم يتنازعا. فإذا تنازعا يأخذه بالتسليم حيث ما لقيه. ولو شرط رب السلم التسليم في بلد أو قرية فحيث سلم إليه في ذلك الموضع فهو جائز وليس لرب السلم أن يتخير مكاناً، لأن المشروط هو التسليم في مكان منه مطلقاً وقد وجد، وإن سلم في غير المكان المشروط فلرب السلم أن يأتي لقوله عليه الصلاة والسلام: «المُسْلِمُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ»[1]، فإن أعطاه على ذلك أجراً لم يجز له أخذ الأجر عليه، لأنه لما قبض المسلم فيه فقد تعين ملكه في المقبوض فتبين أنه أخذ الأجر على نقل ملك نفسه فلم يجز فيرد الأجر، وله أن يرد المسلم فيه حتى يسلم في المكان المشروط، لأن حقه في التسليم فيه ولم يرض ببطلان حقه إلا بعوض ولم يسلم له فبقي حقه في التسليم في المكان المشروط، وهذا بخلاف ما إذا صلح الشفيع من الشفعة التي وجبت له على مال إنه لا يصح الصلح ويسقط حقه في الشفعة وعليه رد بدل الصلح، وإذا رده لا يعود حقه في الشفعة لأنه ليس للشفيع [ب/٩٤م] حق ثابت في المحل/ قبل التمليك بالشفعة، وإنما له حق أن يتملك، وهذا ليس بحق ثابت في المحل فلا يحتمل الاعتياض وبطل حقه من الشفعة بإعراضه عن الطلب بإسقاطه صريحاً ولرب السلم حق ثابت في التسليم في المكان المشروط، فإذا لم يصح الاعتياض عنه التحق الاعتياض بالعدم وبقي الحق على ما كان، والذي يدل على التفرقة بينهما أنه لو قال أسقطت حقي في الشفعة يسقط، ولو قال أسقطت حقي في التسليم في ذلك المكان لا يسقط والله عز وجل أعلم.

* * *

فصل: وأما الذي يرجع إلى البدلين جميعاً فهو أن لا يجمعهما أحد وصفي علة ربا الفضل، وذلك إما

---

(١) بعض الحديث أخرجه الترمذي في «جامعه» في الأحكام، باب (١٧) برقم (١٣٥٢) وقال: حسن صحيح.
وابن ماجة في «سننه» في الأحكام، باب الصلح برقم (٢٣٥٣) عن عمر بن عون المزني رضي الله عنه مرفوعاً: «الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً حرم حلالاً أو أحل حراماً، والمسلمون على شروطهم إلا شرط حرم حلاً أو أحل حراماً.

الكيل وإما الوزن وإما الجنس، لأن أحد وصفي علة ربا الفضل هو علة ربا النَّساء، فإذا اجتمع أحد هذين الوصفين في البدلين يتحقق ربا النساء والعقد الذي فيه ربا فاسد، وعلى هذا يخرج إسلام المكيل في المكيل أو الموزون في الموزون، والمكيل في الموزون والموزون في المكيل وغير المكيل والموزون بجنسهما من الثياب والعدديات المتقاربة، وقد ذكرنا جملة ذلك وتفصيله فيما تقدم في مسائل ربا النساء والله تعالى الموفق.

* * *

فصل: وأما بيان ما يجوز من التصرف في المسلم فيه وما لا يجوز فنقول وبالله التوفيق: لا يجوز استبدال المسلم فيه قبل قبضه، بأن يأخذ رب السلم مكانه من غير جنسه لما ذكرنا أن المسلم فيه وإن كان ديناً فهو مبيع ولا يجوز بيع المبيع المنقول قبل القبض ويجوز الإبراء عنه، لأن قبضه ليس بمستحق على رب السلم فكان هو بالإبراء متصرفاً في خالص حقه بالإسقاط فله ذلك بخلاف الإبراء على رأس المال، لأنه مستحق القبض حقاً للشرع فلا يملك إسقاطه بنفسه بالإبراء على ما ذكرنا.

وتجوز الحوالة بالمسلم فيه لوجود ركن الحوالة مع شرائطه، وكذلك الكفالة به لما قلنا إلا أن في الحوالة يبرأ المسلم إليه، وفي الكفالة لا يبرأ ورب السلم بالخيار إن شاء طالب المسلم إليه، وإن شاء طالب الكفيل، لأن الحوالة مبرئة والكفالة ليست بمبرئة إلا إذا كانت بشرط براءة المكفول عنه لأنها حوالة معنى على ما ذكرنا.

ولا يجوز لرب السلم الاستبدال مع الكفيل كما لا يجوز ذلك مع المسلم إليه لأنه كفيل/ بما على [أ/٩٥/م] المسلم إليه لا بدين آخر إذ الدين واحد وإنما تعددت المطالبة بالكفالة، وهو الصحيح على ما يجيء في كتاب الكفالة.

ويجوز للكفيل أن يستبدل مع المسلم إليه عند الرجوع فيأخذ بدل ما أدى إلى رب السلم، لأن الكفالة إذا كانت بأمر المكفول عنه كانت إقراضاً واستقراضاً كان الكفيل أقرض المسلم إليه واستبدال القرض قبل القبض جائز. ويجوز الرهن بالمسلم فيه لأنه دين حقيقة والرهن بالدين، أي دين كان جائز، والإقالة جائزة في المسلم فيه كما تجوز في بيع العين لقوله عليه الصلاة والسلام: «مَنْ أَقَالَ نَادِمَاً أَقَالَ اللَّهُ عَثْرَتَهُ يَوْمَ القِيَامَةِ»[1] مطلقاً من غير فصل، ولأن الإقالة في بيع العين إنما شرعت نظراً للعاقدين دفعاً لحاجة الندم واعتراض الندم في السلم ههنا أكثر لأنه بيع بأوكس الأثمان فكان أدعى إلى شرع الإقالة فيه، ثم جملة الكلام في الإقالة في السلم أنه لا يخلو: إما إن تقايلا السلم في كل المسلم فيه، وإما إن تقابلا في بعض دون بعض،

---

(١) أخرجه أحمد في «المسند» (٢/ ٢٥٢).
وأبو داود في «سننه» في البيوع، باب في فضل الإقالة برقم (٣٤٦٠).
وابن ماجه في «سننه» في التجارات، باب الإقالة، برقم (٢١٩٩).
وصححه ابن حبان كما في «الموارد» برقم (١١٠٣ و١١٠٤).
والحاكم في «المستدرك» (٢/ ٤٥) في البيوع وقال: صحيح على شرط الشيخين وأخرجه الذهبي.
والبيهقي في «السنن الكبرى» (٦/ ٢٧) في البيوع.

فإن تقايلا في كل المسلم فيه جازت الإقالة لما قلنا، سواء كانت الإقالة بعد حل الأجل أو قبله، لأن نص الإقالة مطلق لا يفصل بين حال وحال.

وكذا جواز اعتراض الندم قائم في الحالين، وسواء كان رأس المال قائماً في يد المسلم إليه أو هالكاً، أما إذا كان قائماً فلا شك فيه.

وكذا إذا كان هالكاً لأن رأس مال السلم ثمن والمبيع هو المسلم فيه وقيام الثمن ليس بشرط لصحة الإقالة إنما الشرط قيام المبيع وقد وجد، ثم إذا جازت الإقالة فإن كان رأس المال مما يتعين بالتعيين وهو قائم، فعلى المسلم إليه رد عينه إلى رب السلم لقوله عليه الصلاة والسلام: «مَنْ وَجَدَ عَيْنَ مَالِهِ فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ»[1] وإن كان هالكاً فإن كان مما له مثل فعليه رد مثله، وإن كان مما لا مثل له فعليه رد قيمته، وإن كان رأس المال مما لا يتعين بالتعيين فعليه رد مثله هالكاً كان أو قائماً لأنه قبضه عن عقد صحيح.

[ب/٩٥/م] وكذلك إذا قبض رب السلم المسلم/ فيه تقايلا والمقبوض قائم في يده جازت الإقالة، وعلى رب السلم رد عين ما قبض، لأن المقبوض في يده بعد السلم كأنه عين ما ورد عليه عقد السلم.

ألا ترى أنه يجوز لرب السلم أن يبيع المقبوض مرابحة على رأس المال، وإن تقايلا السلم في بعض المسلم فيه، فإن كان بعد حل الأجل جازت الإقالة فيه بقدره إذا كان الباقي جزأ معلوماً من النصف والثلث ونحو ذلك من الأجزاء المعلومة ما ذكرنا أن الإقالة شرعت نظراً، وفي إقالة البعض دون البعض ههنا نظر من الجانبين، لأن السلم بيع بأبخس الأثمان لهذا سماه ابن عباس رضي الله عنهما حسناً جميلاً، فقال رضي الله عنه: «ذَلِكَ المَعْرُوفُ الحَسَنُ الجَمِيْلُ» والسلم في الباقي إلى أجله عند عامة العلماء.

وقال ابن أبي ليلى: ينفسخ العقد في الكل، والصحيح قول العامة، لأن الإقالة وجدت في البعض لا في الكل فلا توجب انفساخ العقد في الكل لأن الحكم يثبت بقدر العلة، هذا هو الأصل، وإن كان قبل حل الأجل ينظر إن لم يشترط في الإقالة تعجيل الباقي من المسلم جازت الإقالة أيضاً، والسلم في الباقي إلى أجله، وإن اشترط فيها تعجيل الباقي لم يصح الشرط والإقالة صحيحة.

أما فساد الشرط فلأنه اعتياض عن الأجل وأنه لا يجوز، لأن الأجل ليس بمال فلا يجوز الاعتياض عنه.

وأما صحة الإقالة فلأن الإقالة لا تبطلها الشروط الفاسدة فبطل الشرط وصحت الإقالة، وهذا على قياس قول أبي حنيفة ومحمد، لأن الإقالة عندهما فسخ.

وأما على قياس قول أبي يوسف فتبطل الإقالة والسلم على حاله إلى أجله، لأن الإقالة عنده بيع جديد والبيع تبطله الشروط الفاسدة والله أعلم.

---

(١) بعض حديث.
أخرجه الحميدي (١٠٣٥) وأحمد (٢/ ٢٤٩) البخاري (٣/ ١٥٥) ومسلم (٥/ ٣١) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.
وأخرجه أحمد في «المسند» (٥/ ١٣) وأبو داود في «سننه» (٣/ ٨٠٢) في البيوع، باب في الرجل يجد عين ماله عند رجل برقم (٣٥٣١). والنسائي في «المجتبى» (٧/ ٣١٣ ـ ٣١٤). من حديث سمرة رضي الله عنه مرفوعاً.

ومنها: قبض البدلين في بيع الدين بالدين وهو عقد الصرف، والكلام في الصرف في الأصل في موضعين:

أحدهما: في تفسير الصرف في عرف الشرع.

والثاني: في بيان شرائطه.

أما الأول فالصرف في متعارف الشرع اسم لبيع الأثمان المطلقة بعضها ببعض وهو بيع الذهب بالذهب والفضة بالفضة/ وأحد الجنسين بالآخر فاحتمل تسمية هذا النوع من البيع صرفاً لمعنى الرد والنقل، يقال: [أ/٩٦/م] صرفته عن كذا إلى كذا سمي صرفاً لاختصاصه برد البدل ونقله من يد إلى يد، ويحتمل أن تكون التسمية لمعنى الفضل إذ الصرف يذكر بمعنى الفضل، كما روي في الحديث من فعل كذا لم يقبل الله منه صرفاً ولا عدلاً فالصرف الفضل وهو النافلة والعدل الفرض. سمي هذا العقد صرفاً لطلب التاجر الفضل منه عادة لما يرغب في عين الذهب والفضة.

فصل: وأما الشرائط:

فمنها: قبض البدلين قبل الافتراق لقوله عليه الصلاة والسلام في الحديث المشهور: «والذَّهَبُ بِالذَّهَبِ مِثْلاً بِمِثْلٍ يَداً بِيَدٍ وَالفِضَّةُ بِالْفِضَّةِ مِثْلاً بِمِثْلٍ يَداً بِيَد»[1].

وروي عن أبي سعيد الخدري أن رسول الله ﷺ: «لاَ تَبِيْعُوْا الوَرِقَ بِالْوَرِقِ إلاّ مِثْلاً بِمِثْلٍ، وَلاَ تَشقُوا بَعْضَهَا عَلَى بَعْضٍ، وَلاَ تَبِيْعُوا مِنْهَا شَيْئاً غَائِبَاً بِنَاجِزٍ»[2].

وروي عن عبد الله بن سيدنا عمر عن أبيه رضي الله عنهما: «أَنَّه قَالَ: لاَ تَبِيعُوا الذَّهبَ بِالذَّهَبِ إلاَّ مِثْلاً بِمِثْلٍ وَلاَ تَبِيعُوا الوَرِقَ بِالْوَرِقِ إلاَّ مِثْلاً بِمِثْلٍ وَلاَ تَبِيعُوا الذَّهَبَ بِالْوَرِقِ أَحَدَهُمَا غَائِبٌ وَالآخَر نَاجِز، وَإِن اسْتَنْظَرَكَ حَتَّى يَلِجَ بَيْتَهُ فَلاَ تُنْظِرْه إِنِّي أَخَافُ عَلَيْكُم الرَّمَاءَ أَيْ الرِّبَا»[3]، فدلت هذه النصوص على اشتراط قبض البدلين قبل الافتراض وتفسير الافتراق هو أن يفترق العاقدان بأبدانهما عن مجلسهما فيأخذ هذا في جهة، وهذا في جهة أو يذهب أحدهما ويبقى الآخر حتى لو كانا في مجلسهما لم يبرحا عنه لم يكونا مفترقين.

وإن طال مجلسهما لانعدام الافتراق بأبدانهما، وكذا إذا ناما في المجلس أو أغمي عليهما لما قلنا، وكذا إذا قاما عن مجلسهما فذهبا معاً في جهة واحدة وطريق واحد ومشيا ميلاً أو أكثر ولم يفارق أحدهما صاحبه فليس بمفترقين لأن العبرة لتفرق الأبدان، ولم يوجد فرق بين هذا وبين خيار المخيرة إذا قامت عن مجلسها أو اشتغلت بعمل آخر يخرج الأمر من يدها لأن خيار المخيرة يبطل بالإعراض/ عما فوض إليها [ب/٩٦/م] والقيام عن المجلس، أو الاشتغال بعمل آخر دليل الإعراض، وههنا لا عبرة بالإعراض إنما العبرة للافتراق بالأبدان ولم يوجد.

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) اخرجه عبد الرزاق في «مصنفه» برقم (١٤٥٦٢) والبيهقي في «السنن الكبرى» (٥/ ٢٨٤).

وروي عن محمد: أنه ألحق هذا بخيار المخيرة حتى لو نام طويلاً أو وجد ما يدل على الإعراض يبطل الصرف كالخيار.

وروي عن محمد: في رجل له على إنسان ألف درهم، وكذلك الرجل عليه خمسون ديناراً فأرسل إليه رسولاً، فقال: بعتك الدنانير التي لي عليك بالدراهم التي لك عليّ، وقال: قبلت فهو باطل، لأن حقوق العقد لا تتعلق بالرسول بل بالمرسل وهما مفترقان بأبدانهما.

وكذلك لو نادى أحدهما صاحبه من وراء جدار أو ناداه من بعيد لم يجز لأنهما مفترقان بأبدانهما عند العقد بخلاف البيع المطلق إذا أرسل رسولاً إلى إنسان، فقال بعت عبدي الذي في مكان كذا منك بكذا فقبل ذلك الرجل فالبيع جائز، لأن التقابض في البيع المطلق ليس بشرط لصحة العقد ولا يكون الافتراق مفسداً له، ثم المعتبر افتراق المتعاقدين سواء كانا مالكين أو نائبين عنهما كالأب والوصي والوكيل، لأن القبض من حقوق العقد وحقوق العقد تتعلق بالعاقدين فيعتبر افتراقهما.

ثم إنما يعتبر التفرق بالأبدان في موضع يمكن اعتباره فإن لم يمكن اعتباره يعتبر المجلس دون التفرق بالأبدان بأن قال الأب اشهدوا أني اشتريت هذا الدينار من ابني الصغير بعشرة دراهم، ثم قام قبل أن يزن العشرة فهو باطل، كذا روي عن محمد، لأن الأب هو العاقد فلا يمكن اعتبار التفرق بالأبدان فيعتبر المجلس والله سبحانه وتعالى أعلم.

ثم بيع الجنس بالجنس وبخلاف الجنس كالذهب بالفضة سواء لا يختلفان في حكم القبض، لأن كل ذلك صرف فيشترط فيه التقابض وإنما يختلفان في جواز التفاضل وعدمه فلا يجوز التفاضل عند اتحاد الجنس؛ ويجوز عند الاختلاف ولكن يجب التقابض اتحد الجنس أو اختلف لما ذكرنا من الدلائل.

ولو تصارفا ذهباً بذهب أو فضة بفضة مثلاً بمثل وتقابضا وتفرقا ثم زاد أحدهما صاحبه شيئاً أو حط عنه شيئاً/ [١/٩٧م] وقبل الآخر فسد البيع. عند أبي حنيفة وأبي يوسف الزيادة والحط باطلان والعقد الأول صحيح، وعند محمد الزيادة باطلة والحط جائز بمنزلة الهبة المستقبلة واختلافهم في هذه المسألة فرع اختلافهم في أصل ذكرناه فيما تقدم وهو أن الشرط الفاسد المتأخر عن العقد في الذكر إذا ألحق به هل يلتحق به أم لا، فمن أصل أبي حنيفة فيه أن يلتحق بأصل العقد ويفسد العقد والزيادة والحط يلتحقان بأصل العقد على أصل أصحابنا كأن العقد ورد على المزيد عليه والزيادة جميعاً فيتحقق التفاضل والجنس متحد فيتحقق الربا فكانت الزيادة والحط بمنزلة شرط فاسد ملتحق بالعقد فيتأخر عنه فيلتحق به ويوجب فساده، ومن أصل أبي يوسف ومحمد أن الشرط الفاسد المتأخر عن العقد لا يلتحق بالعقد، فطرد أبو يوسف هذا الأصل، وقال تبطل الزيادة والحط جميعاً ويبقى البيع الأول صحيحاً، ومحمد فرق بين الزيادة والحط، وقال: الزيادة باطلة والحط جائز. لأن الزيادة لو صحت لالتحقت بأصل العقد فيوجب فساده فبطلت الزيادة وليس من شرط صحة الحط أن يلتحق بالعقد.

ألا ترى أنه لو حط جميع الثمن صح ولا يلتحق إذ لو التحق لكان البيع واقعاً بلا ثمن فيجعل حطاً للحال بمنزلة هبة مستأنفة، ولو تبايعا الجنس بخلاف الجنس بأن تصارفا ديناراً بعشرة دراهم ثم زاد أحدهما

صاحبه درهماً وقبل الآخر أو حط عنه درهماً من الدينار جازت الزيادة والحط بالإجماع، لأن المانع من الجواز والالتحاق تحقق الربا، واختلاف الجنس يمنع تحقق الربا إلا أن في الزيادة يشترط قبضها قبل الافتراق حتى لو افترقا قبل القبض بطل البيع في حصة الزيادة، لأن الزيادة لما التحقت بأصل العقد صار كأن العقد ورد على الزيادة، والأصل جميعاً إلا أنه جاز التفاضل لاختلاف الجنس، فإذا لم يقبض الزيادة قبل الافتراق بطل العقد بقدرها.

وأما الحط فجائز سواء كان قبل التفرق أو بعده لأن الحط، /وإن كان يلتحق بأصل العقد فيؤدي إلى [ب/٩٧/م] التفاضل لكن التفاضل عند اختلاف الجنس جائز، ولا زيادة ههنا حتى يشترط قبضها فصح الحط ووجب عليه رد المحطوط لأن الحط لما التحق بأصل العقد تبين أن العقد لم يقع على قدر المحطوط من الابتداء فيجب رده.

ولو حط مشتري الدينار قيراطاً منه فبائع الدينار يكون شريكاً له في الدينار لأنه تبين أن العقد وقع على ما سوى القيراط، ولو اشترى سيفاً محلى بفضة وحليته خمسون درهماً بمائة درهم وتقابضا ثم زاده ديناراً في الثمن دفعه إليه قبل أن يفارقه أو بعد ما فارقه يجوز كذا روي عن محمد.

وتصرف الزيادة إلى النصل والجفن والخمائل لأنها تلحق بأصل العقد فصار كأن العقد ورد على الأصل والزيادة جميعاً، ولو كان كذلك لكان الأمر على ما وصفنا كذا هذا، بخلاف بيع المرابحة فإنه يقسم على جميع الثمن لما نذكر في مسائل المرابحة.

وسواء كان ديناً بدين وهو الدراهم والدنانير أو عيناً بعين وهو التبر والمصوغ أو ديناً بعين وهو الدرهم والدنانير بالتبر والمصوغ، لأن ما ذكرنا من الدلائل لا يوجب الفصل بين الدين والعين، وسواء كان مفرداً أو مجموعاً مع غيره كما إذا باع ذهباً وثوباً بفضة مفردة، لأن الفضة تنقسم على الذهب والثوب فما قابل الذهب يكون صرفاً فيشترط فيهما القبض وما يقابل الثوب يكون بيعاً مطلقاً فلا يشترط فيه القبض.

وكذا إذا باع ذهباً وثوباً بذهب والذهب أكثر حتى جاز البيع أنه في حصة الذهب يكون صرفاً وفي حصة الثوب يكون بيعاً مطلقاً.

وكذا إذ باع سيفاً محلى بالفضة مفردة أو منطقة مفضضة أو لجاماً أو سرجاً أو سكيناً مفضضة أو جارية على عنقها طوق فضة بفضة مفردة والفضة المفردة أكثر حتى جاز البيع كان بحصة الفضة صرفاً ويراعى فيه شرائط الصرف وبحصة الزيادة التي هي من خلاف جنسها بيعاً مطلقاً فلا يشترط له ما يشترط للصرف فإن وجد التقابض وهو القبض من الجانبين قبل التفرق بالأبدان تم الصرف والبيع جميعاً، وإن لم يوجد أو وجد القبض من أحد/ الجانبين دون الآخر بطل الصرف لوجود الافتراق من غير قبض، وهل يبطل البيع المطلق [أ/٩٨/م] ينظر إن كانت الفضة المجموعة مع غيرها يمكن فصلها وتخليصها من غير ضرر كالجارية مع الطوق وغير ذلك فالبيع جائز، وفساد الصرف لا يتعدى إلى البيع لأنه إذا أمكن تخليصها من غير ضرر جاز لأنهما شيآن منفصلان، ولهذا جاز بيع أحدهما دون الآخر ابتداء فلأن يبقى جائزاً انتهاء أولى. لأن البقاء أسهل من الابتداء.

وإن كان لا يمكن فصلها وتخليصها إلا بضرر بطل البيع أيضاً. لأنه بيع ما لا يمكن تسليمه إلا بضرر وأنه لا يجوز ابتداء كبيع الجذع في السقف ونحو ذلك فكذا في حالة البقاء. فإذا بطل العقد في قدر الصرف يبطل في البيع أيضاً والله عز وجل أعلم.

هذا إذا انعقد العقد على الصحة ثم فسد في قدر الصرف بطريان المفسد عليه وهو الافتراق من غير تقابض. فأما إذا انعقد على الفساد من الابتداء بأن شرطا الخيار أو أدخلا الأجل فيه لم يصح الصرف بالإجماع. وهل يصح البيع المطلق اختلف فيه: قال أبو حنيفة لا يصح، سواء كان يتخلص من غير ضرر أو لا يتخلص إلا بضرر، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: هذا والأول سواء إن كان يتخلص من غير ضرر يصح، وإن كان لا يتخلص إلا بضرر لا يصح.

وكذا إذا اشترى ديناراً بعشرة دراهم نسيئة، ثم نقد بعض العشرة دون البعض في المجلس فسد الصرف في الكل عنده، وعندهما يصح بقدر ما قبض، وهذا بناء على أصل مختلف بينهم وهو أن الصفقة إذا اشتملت على الصحيح، والفاسد يتعدى الفساد إلى الكل عنده، وعندهما لا يتعدى فهما سويا بين الفساد الطارىء والمقارن، وأبو حنيفة فرق بينهما.

ووجه الفرق: ما ذكرنا من قبل أن الفساد إذا كان مقارناً يصير قبول العقد في الفاسد شرط قبول العقد في الآخر، وهذا شرط فاسد فيؤثر في الكل ولم يوجد هذا المعنى في الطارىء فاقتصر الفساد فيه على قدر المفسد، ثم إذا كانت الفضة المفردة فيه أكثر ولم يوجد فيه شرط الخيار ولا الأجل حتى جاز العقد ثم نقد قدر الفضة/ المجموعة من المفردة دون غيرها وتفرقا عن قبض من الجانبين بأن باع سيفاً محلًى بمائة درهم [ب/٩٨/م] وحليته خمسون فنقده المشتري خمسين فالقدر المنقود من الفضة المفردة يقع عن الصرف حتى لا يبطل بالافتراق أو عن البيع حتى يبطل الصرف بالافتراق من غير قبض فهذا لا يخلو من خمسة أوجه: أما إن ذكر أن المنقود من ثمن الحلية، وإما إن ذكر أنه من ثمن الجفن والنصل، وإما إن ذكر أنه من ثمنهما جميعاً؛ وإما إن ذكر أنه من ثمن السيف وإما إن سكت ولم يذكر شيئاً، فإن ذكر أنه من ثمن الحلية يقع عنها، ويجوز الصرف والبيع جميعاً. وهذا ظاهر.

وكذا إذا ذكر أنه من ثمنهما فإنه يقع عن الحلية أيضاً وجاز البيع والصرف لأن قبض الصرف مستحق حقاً للشرع. وقبض البيع ليس بمستحق فيصرف إلى جهة الاستحقاق ويمكن إيقاع المنقود كله عن هذه الجهة. وإن أضافه إليهما لأن ذكر شيئين على إرادة أحدهما جائز في اللغة. قال الله تعالى: ﴿يَخرُجُ مِنهُما اللؤلؤُ وَالمرجَانُ﴾[1] وإنما يخرج من أحدهما وهو المالح. وكذا إذا لم يذكر شيئاً يقع عن الصرف. لأن أمور المسلمين محمولة على الصحة والسداد ما أمكن. وذلك فيما قلنا، لأن قبض حصة الحلية مستحق فعند الإطلاق يصرف إلى جهة الاستحقاق.

وكذا إذا ذكر أنه من ثمن السيف يقع عن الحلية. لأن الحلية تدخل في اسم السيف. وإن ذكر أنه من ثمن الجفن والنصل ينظر إن أمكن تخليص الفضة من غيرها من غير ضرر يقع عن ثمن المذكور ويبطل

(١) سورة الرحمن، الآية: (٢٢).

الصرف بالافتراق قبل القبض لأنه قصد جواز البيع وصرف بفساد الصرف. وإذا أمكن تخليصها من غير ضرر أمكن القول بجواز البيع مع فساد الصرف.

ألا ترى أنه يجوز بيع السيف بانفراده فيجوز البيع ويبطل الصرف. وإن لم يكن تخليصها إلا بضرر فالمنقود يقع عن ثمن الصرف. ويجوز البيع والصرف جميعاً لأنه قصد جواز البيع. ولا يجوز إلا بجواز الصرف لأن بيع السيف بدون الحلية لا يجوز إذا لم يمكن تخليصها من غير ضرر. فإن أمكن تخليصها من غير ضرر فيجوزان جميعاً والله عز وجل أعلم/ . [أ/٩٩/م]

وكذلك في السيف المحلى إذا لم يكن من جنس الحلية فإن كانت حلية السيف ذهباً اشتراه مع حليته بفضة مفردة فحكمه وحكم الجنس سواء في جميع ما وصفنا لأنهما في حكم القبض وما يتعلق به لا يختلفان. وقد ذكرنا جملة ذلك وتفصيله على الاتفاق والاختلاف.

وعلى هذا يخرج الإبراء عن بدل الصرف وهبته ممن عليه والتصدق به عليه أنه لا يصح بدون قبوله. وإن قبل انتقض الصرف وإن لم يقبل لم يصح ويبقى الصرف على حاله. لأن قبض البدل مستحق والإبراء عن الدين إسقاطه والدين بعدما سقط لا يتصور قبضه فكان الإبراء عن البدل جعل البدل بحال لا يتصور قبضه فكان في معنى الفسخ فلا يصح إلا بتراضيهما كصريح الفسخ وإذا لم يصح بقي عقد الصرف على حاله فيتم بالتقابض قبل الافتراق بأبدانهما. ولو أبى المبرىء أو الواهب أو المتصدق أن يأخذ ما أبرأ أو وهبه أو تصدق يجبر على القبض، لأنه بالامتناع عن القبض يريد فسخ العقد وأحد العاقدين لا ينفرد بالفسخ.

وعلى هذا يخرج الاستبدال ببدل الصرف أنه لا يجوز، والصرف على حاله يقبض البدل قبل الافتراق ويتم العقد، لأن قبض البدل شرط بقاء العقد على الصحة وبالاستبدال يفوت قبضه حقيقة، لأنه يقبض بدله وبدله غيره.

وقال زفر: إن الاستبدال جائز، لأن الشراء لا يقع بعين ما في الذمة لأن ما في الذمة من الدراهم لا يحتمل التعيين بلا خلاف فكان مشترياً بمثل ما في الذمة فيجب لمن عليه الدين في ذمة المشتري دراهم مثل ما في ذمته في النوع والصفة فلا يفوت قبض البدل بالاستبدال بل يصير قابضاً بطريق المعاوضة فيصح الاستبدال.

والجواب عنه: أن الدراهم والدنانير وإن كانت لا تتعين بالعقد ولكنها تتعين بالقبض وقبضها واجب وبالمقاصة يفوت القبض حقيقة فلم تصح المقاصة فبقي الشراء بها إسقاطاً للقبض المستحق حقاً للشرع فلا يصح/ الشراء وبقي الصرف صحيحاً موقوفاً بقاؤه على الصحة على القبض قبل الافتراق، وإن أعطاه صاحبه [ب/٩٩/م] دراهم أجود أو أردأ من حقه فرضي به والمقبوض مما يجري مجرى الدراهم الواجبة بالعقد في المعاوضات بين الناس جاز، لأن المقبوض من جنسه أصلاً، وإنما يخالفه في الوصف، فإذا رضي به فقد أسقط حقه فكان استيفاء لا استبدالاً وتجوز الحوالة ببدل الصرف إذا كان المحتال عليه حاضراً.

وكذلك الكفالة وكذلك الرهن به والصرف على حاله، فإن قبض من المحتال عليه أو من الكفيل أو هلك الرهن في يد المرتهن في المجلس فالصرف ماضٍ على الصحة، وإن افترق المتصارفان قبل القبض

وهلك الرهن بطل الصرف، وعند زفر لا تجوز الحوالة والكفالة ببدل الصرف، وقد مرت المسألة في السلم والعبرة لبقاء العاقدين في المجلس وافتراقهما عنه لا لبقاء المحال عليه والكفيل وافتراقهما لما ذكرنا أن القبض من حقوق العقد فيتعلق بالعاقدين فيعتبر مجلسهما وكذلك لو وكل كل واحد من العاقدين رجلاً أن ينقد عنه يعتبر مجلس الموكلين بقاء وافتراقاً لا مجلس الوكيل لما قلنا والله سبحانه وتعالى أعلم.

وعلى هذا تخرج المقاصة في ثمن الصرف إذا وجب الدين بعقد متأخر عن عقد الصرف أنه لا يصير قصاصاً ببدل الصرف، وإن تراضيا بذلك وقد ذكرنا جملة الكلام في ذلك وتفصيله في السلم.

وعلى هذا يخرج ما إذا قبض بدل الصرف، ثم انتقض بدل الصرف، ثم انتقض القبض فيه بمعنى أوجب انتقاضه أنه يبطل الصرف، وقد مر الكلام فيه جملة وتفصيلاً في السلم، ثم قبض الصرف في المجلس كما هو شرط بقاء العقد على الصحة فقبضهما في مجلس الإقالة شرط بقاء الإقالة على الصحة أيضاً حتى لو تقايلا الصرف وتقابضا قبل الافتراق مضت الإقالة على الصحة، وإن افترقا قبل التقابض بطلت الإقالة.

أما على أصل أبي يوسف فظاهر، لأن الإقالة على أصله بيع جديد فكانت مصارفة مبتدأة فلا بد من التقابض.

[أ/١٠٠/م] وعلى أصلهما إن كانت فسخاً في حق المتعاقدين فهي بيع جديد في حق/ ثالث واستحقاق القبض حق للشرع ههنا ثالث فيعتبر بيعاً جديداً في حق هذا الحكم فيشترط فيه التقابض بخلاف السلم، فإن قبض رأس مال السلم في مجلس الإقالة ليس بشرط لصحة الإقالة، وقد ذكرنا وجه الفرق بينهما فيما تقدم.

ولو وجد ببدل الصرف عيباً وهو عين كما إذا اشترى قلب فضة بذهب فرده ثم افترقا قبل قبض الثمن إن رده عليه بقضاء القاضي فالرد صحيح على حاله، وإن كان بغير قضاء القاضي فلا ينبغي أن يفارقه حتى يقبض الثمن، لأن القبض بغير قضاء يكون فسخاً في حق الكل ورفعاً للعقد عن الأصل كأنه لم يكن وإعادة المالك إلى قديم ملكه كأنه لم يزل عن ملكه فلا حاجة إلى القبض والرد بغير قضاء يكون فسخاً في حق المتعاقدين بيعاً جديداً في حق ثالث وحق الشرع وهو القبض يعتبر ثالثاً فيجعل بيعاً جديداً في حق هذا الحكم، وأما التقابض في بيع المطعوم بالمطعوم بجنسه أو بغير جنسه بأن باع قفيز حنطة بقفيز حنطة أو بقفيز شعير وعينا البدلين بالإشارة إليهما فهل هو شرط، اختلف فيه قال أصحابنا: ليس بشرط.

قال الشافعي رحمه الله[١]: شرط حتى لو افترقا من غير قبض عندنا يثبت الملك، وعنده: لا يثبت ما لم يتقابضا في المجلس.

احتج بقوله عليه الصلاة والسلام في الحديث المشهور: «**الحنطةُ بالحنطةِ مِثْلاً بِمثلٍ يَدَاً بيد**»[٢].

وبقوله عليه الصلاة والسلام: «**لا تبيعوا الطعام بالطعام إلا سواء بسواء يداً بيد**»[٣] ولأن الافتراق من غير تقابض في بيع المطعوم بجنسه لا يخلو عن الربا لجواز أن يقبض أحد المتعاقدين دون الآخر فيتحقق

---

(١) انظر «الأم» (٣/٦).

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) تقدم تخريجه.

الربا، لأن للمقبوض فضلاً على غير المقبوض فأشبه فضل الحلول على الأجل وإنما يقع التحرز عنه بوجوب التقابض، ولهذا صار شرطاً في الصرف كذا هذا.

ولنا عمومات البيع من نحو قوله عز وجل: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لاَ تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُمْ بِالبَاطِلِ إِلاَّ أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِنكُمْ﴾[1] وقوله عز وجل: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ البَيْعَ وَحَرمَ الرِّبَا﴾[2] وغير ذلك نهى عن الأكل بدون التجارة عن تراضٍ واستثنى التجارة عن تراضٍ فيدل على/ إباحة الأكل في التجارة عن تراض من [ب/١٠٠/م] غير شرط القبض وذلك دليل ثبوت الملك بدون التقابض لأن أكل مال الغير ليس بمباح.

وأما الحديث فظاهر قوله عليه الصلاة والسلام: «يداً بيدٍ»[3] غير معمول به، لأن اليد بمعنى الجارحة ليس بمراد بالإجماع فلأن حملها على القبض لأنها آلة القبض فنحن نحملها على التعيين لأنها آلة التعيين، لأن الإشارة باليد سبب التعيين، وعندنا التعيين شرط فسقط احتجاجه بالحديث بحمد الله تعالى على أن الحمل على ما قلنا أولى لأن فيه توفيقاً بين الكتاب والسنة.

وهكذا نقول في الصرف أن الشرط هناك هو التعيين لا نفس القبض إلا أنه قام الدليل عندنا أن الدراهم والدنانير لا تتعين بالتعيين وإنما تتعين بالقبض فشرطنا التقابض للتعيين لا للقبض، وههنا التعيين حاصل من غير تقابض فلا يشترط التقابض والله عز وجل أعلم.

وقوله: المقبوض خير من غير المقبوض فيتحقق الربا، قلنا: هذا إنما يستقيم أن لو قلنا بوجوب تسليم أحدهما دون الآخر وليس كذلك.

ومنها أن يكون خالياً عن شرط الخيار فإن شرط الخيار فيه لهما أو لأحدهما فسد الصرف، لأن القبض في هذا العقد شرط بقائه على الصحة وخيار العقد يمنع انعقاد العقد في حق الحكم فيمنع صحة القبض، ولو أبطل صاحب الخيار خياره قبل الافتراق ثم افترقا عن تقابض ينقلب إلى الجواز عندنا خلافًا لزفر ولو لم يبطل حتى افترقا تقرر الفساد، وقد ذكرنا جنس هذه المسائل بدلائلها فيما تقدم.

ومنها: أن يكون خالياً عن الأجل لهما أو لأحدهما، فإن شراطاه لهما أو لأحدهما فسد الصرف، لأن قبض البدلين مستحق قبل الافتراق والأجل يعدم القبض فيفسد العقد، فإن أبطل صاحب الأجل أجله قبل الافتراق فنقد ما عليه ثم افترقا عن تقابض ينقلب جائزاً عندنا خلافاً لزفر، وهاتان الشريطتان على الحيقيقة فريعتان لشريطة القبض إلا أن إحداهما تؤثر في نفس القبض والأخرى في صحته على ما بينا.

وأما خيار العيب وخيار الرؤية فيثبتان في هذا العقد لأنهما لا يمنعان/ حكم العقد فلا يمنعان صحة [أ/١٠١/م] القبض، لأن خيار الرؤية يثبت في العين وهو التبر والنقرة والمصوغ ولا يثبت في الدين وهو الدراهم والدنانير المضروبة لأنه لا فائدة في الرد إذ العقد لا ينفسخ بالرد لأنه ما ورد على عين المردود وقيام العقد يقتضي ولاية المطالبة بمثله، فإذا قبض يرده فيطالبه بآخر هكذا إلى ما لا يتناهى.

---

(١) سورة النساء، الآية: (٢٦).
(٢) سورة البقرة، الآية: (٢٧٥).
(٣) تقدم تخريجه.

وكذا خيار الرؤية لأنه لا يثبت في سائر العقود لما قلنا: بخلاف ما إذا كان ثمن الصرف عيناً، لأن هناك ينفسخ العقد بالرد فلا يملك المطالبة بعين أخرى فكان الرد مفيداً والله سبحانه وتعالى أعلم.

وأما خيار العيب فيثبت في الوجهين جميعاً، لأن السلامة عن العيب مطلوبة عادة ففواتها يوجب الخيار كما في سائر البياعات إلا أن بدل الصرف إذا كان عينا فرده بالعيب يفسخ العقد سواءٌ رَدَّهُ في المجلس أو بعد الافتراق ويرجع على البائع بما نقد، وإن كان ديناً بأن وجد الدراهم المقبوضة زيوفاً أو كاسدة أو وجدها رائجة في بعض التجارات دون البعض وذلك عيب عند التجار فردها في المجلس ينفسخ بعقد بالرد حتى لو استبدل مكانه مضى الصرف، وأن ردها بعد الافتراق بطل الصرف عند أبي حنيفة وزفر لحصول الافتراق لا عن قبض، وعند أبي يوسف ومحمد لا يبطل إذا استبدل في مجلس الرد على ما ذكرنا في السلم وخيار المستحق لا يبطل الصرف أيضاً، ولأنه لا يمنع صحة القبض على تقدير الإجازة واحتمال الإجازة قائم فلا يبطل العقد المنعقد ظاهراً بالشك.

ثم إذا استحق أحد بدلي الصرف بعد الافتراق، فإن كان أجاز المستحق والبدل قائم أو ضمن الناقد وهو هالك جاز الصرف لأنه إذا كان قائماً كان بمحل الإجازة والإجازة اللاحقة بمنزلة الوكالة السابقة، وإذا كان هالكاً ضمن الناقد المضمون بالضمان فتبين أنه سلم ملك نفسه، وإن استرده وهو قائم أو ضمن القابض قيمته وهو هالك بطل الصرف لأنه نقض قبضه أو تبين أنه لم يصح بخلاف الأول لأنه سلم له القبض فجاز الصرف والله أعلم.

[ب/١٠١/م] ومنها: أن يكون الثمن الأول/ معلوماً في بيع المرابحة والتولية والإشراك والوضيعة، والأصل في هذه العقود عمومات البيع من غير فصل بين بيع وبيع، وقال الله عز شأنه: ﴿وَٱبْتَغُوا مِنْ فَضْلِ ٱللَّهِ﴾(١) وقال عز وجل: ﴿لَيسَ عَلَيكُمْ جُنَاحٌ أَن تَبْتَغُوا فَضْلاً مِّن رَّبِّكُم﴾(٢) والمرابحة ابتغاء للفضل من البيع نصاً.

وروي أن رسول الله ﷺ لما أراد الهجرة اشترى سيدنا أبو بكر رضي الله عنه بعيرين، «**فقال له رسول الله ﷺ ولِّنِي أحدهما. فقال سيدنا أبو بكر رضي الله عنه هو لك بغير شيء. فقال رسول الله ﷺ أما بغير ثمن فلا**»(٣) فدل طلب التولية على جوازها.

وروي أن سيدنا أبا بكر رضي الله عنه اشترى بلالاً فأعتقه. فقال له رسول الله ﷺ: «**الشركة يا أبا بكر، فقال: يا رسول الله قد أعتقته**» لو لم تكن الشركة مشروعة لم يكن ليطلبها رسول الله ﷺ. وكذا الناس توارثوا هذه البياعات في سائر الأعصار من غير نكير وذلك إجماع على جوازها.

ثم الكلام في المرابحة في مواضع في تفسير بيع المرابحة وفي بيان شرائطه وفي بيان رأس المال أنه ما

---

(١) سورة الجمعة، الآية: (١٠).

(٢) سورة البقرة، الآية: (١٩٨).

(٣) قال الزيلعي: غريب، (١/١٢٨) (٣/١١٦، ١٢٦) وحديث أبي بكر في البخاري وفيه أن أبا بكر قال: خذ بأبي أنت وأمي إحدى راحلتي قال: بالثمن. . الحديث ليس فيه غير ذلك وروى عبد الرزاق عن النبي ﷺ التولية والإقالة سواء لا بأس به اهـ. انظر «نصب الراية» (٤/٣١)

هو؟ وفي بيان ما يلحق برأس المال وما لا يلحق به وفي بيان ما يجب بيانه عند المرابحة مما ترك بيانه يكون خيانة وما لا يجب بيانه وترك بيانه لا يكون خيانة. وفي بيان حكم الخيانة إذا ظهرت.

أما تفسيره فقد ذكرناه في أول الكتاب وهو أنه بيع بمثل لثمن الأول مع زيادة ربح.

وأما شرائطه:

فمنها: ما ذكرناه وهو أن يكون الثمن الأول معلوماً للمشتري الثاني لأن المرابحة بيع بالثمن الأول ومع زيادة ربح والعلم بالثمن الأول شرط صحة البياعات كلها لما ذكرنا فيما تقدم. فإن لم يكن معلوماً له فالبيع فاسد إلى أن يعلم في المجلس فيختار إن شاء فيجوز أو يترك فيبطل.

أما الفساد للحال فلجهالة الثمن لأن الثمن للحال مجهول.

وأما الخيار فللخلل في الرضا، لأن الإنسان قد يرضى بشراء شيء بثمن يسير ولا يرضى بشرائه بثمن كثير فلا يتكامل الرضا إلا بعد معرفة مقدار الثمن. فإذا لم يعرف اختل رضاه واختلال الرضا يوجب/ الخيار [١٠٢/أ م] ولو لم يعلم حتى افترقا عن المجلس بطل العقد لتقرر الفساد. وقد ذكرنا اختلاف عبارات الرواية عن أصحابنا عن هذا البيع كبيع الشيء برقمه ونحو ذلك في بعضها أنه فاسد وفي بعضها أنه موقوف على الإجازة والاختيار إذا علم.

وكذلك التولية والإشراك والوضعية في اعتبار هذا الشرط والمرابحة سواء لأن التولية بيع بمثل الثمن الأول فلا بد أن يكون الثمن الأول معلوماً والإشراك تولية لكنه تولية بعض المبيع ببعض الثمن، والعلم بالثمن كله شرط صحة البيع والوضيعة بيع بمثل الثمن الأول مع نقصان شيء معلوم منه فلا بد وأن يكون الثمن الأول معلوماً ليعلم قدر النقصان منه.

وعلى هذا يخرج ما إذا اشترى رجلان جملة مما له مثل فاقتسماها ثم أراد كل واحد منهما أن يبيع حصته مرابحة إنه يجوز، لأن القسمة وإن كانت لا تخلو عن معنى المبادلة حقيقة، لكن معنى المبادلة في قسمة المتماثلات ساقط شرعاً بل تعد القسمة فيها تمييزاً للنصيب وإفرازاً محضاً، وإذا كان كذلك فما يصل إلى كل واحد منهما كأنه عين ما كان له قبل القسمة فكان يجوز له أن يبيع له نصيبه مرابحة قبل القسمة كذا بعدها.

وإن اشتريا جملة مما لا مثل له فاقتسماه لا يجوز لأحدهما أن يبيع حصته ومرابحة لأن معنى المبادلة في قسمة هذا النوع معتبرة إذ الأصل اعتبار الحقيقة فكان ما يصيب كل واحد منهما بالقسمة نصفه ملكه ونصفه بدل ملكه، كأنه اشتراه به، فلا يجوز بيعه مرابحة، كما إذا اشترى عرضاً بعرض ثم أراد أن يبيعه مرابحة والله سبحانه وتعالى أعلم.

ولو أسلم عشرة دراهم في ثوبين متفقين من جنس واحد ونوع واحد وصفة واحدة وطول واحد حتى جاز السلم بالإجماع ولم يبين حصة كل واحد منهما من رأس المال فحل الأجل له أن يبيعهما جميعاً مرابحة على العشرة بلا خلاف، فإن باع أحدهما مرابحة على خمسة لم يجز عند أبي حنيفة، وعند أبي يوسف ومحمد يجوز.

[ب/١٠٢/م] ولو كان بين حصة كل واحد من الثوبين من رأس المال/ جاز أن يبيع أحدهما مرابحة على خمسة بالإجماع لهما إن المقبوض هو المسلم فيه والملك في المسلم فيه يثبت بعقد السلم، وعقد السلم أوجب انقسام الثمن وهو رأس المال على الثوبين المقبوضين على السواء لاتفاقهما في الجنس والنوع والصفة والقدر فكانت حصة كل واحد منهما معلومة فتجوز المرابحة عليهما، كما إذا أسلم عشرة دراهم في كري حنطة فحل السلم وقبضهما ثم باع أحدهما مرابحة.

ولأبي حنيفة: أن المقبوض ليس عين المسلم فيه، لأن المسلم فيه دين حقيقة وقبض الدين لا يتصور فلم يكن المقبوض مملوكاً بعقد السلم بل بالقبض، فكان القبض بمنزلة إنشاء العقد كأنه اشتراهما جميعاً ابتداء ولم يبين حصة كل واحد منهما، ثم أراد أن يبيع أحدهما مرابحة. وذلك لا يجوز فيما لا مثل له ويجوز فيما له مثل على ما ذكرنا كذا هذا.

ومنها: أن يكون الربح معلوماً لأنه بعض الثمن، والعلم بالثمن شرط صحة البياعات. ومنها أن يكون رأس المال من ذوات الأمثال، وهو شرط جواز المرابحة على الإطلاق، وكذلك التولية.

وبيان ذلك: أن رأس المال لا يخلو إما أن يكون مما له مثل كالمكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة، وإما أن يكون مما لا مثل له من الذرعيات والمعدودات المتفاوتة، فإن كان مما له مثل يجوز بيعه مرابحة على الثمن الأول وتولية مطلقاً سواء باعه من بائعه أو من غيره، وسوءا جعل الربح من جنس رأس المال في المرابحة أو من خلاف جنسه بعد أن كان الثمن الأول معلوماً والربح معلوماً.

وإن كان مما لا مثل له من العروض لا يجوز بيعه مرابحة ولا تولية ممن ليس ذلك العرض في ملكه. لأن المرابحة بيع بمثل الثمن الأول. وكذلك التولية فإذا لم يكن الثمن الأول مثل جنسه. فإما أن يقع البيع على غير ذلك العرض. وإما أن يقع على قيمته وعينه ليس في ملكه وقيمته مجهولة تعرف بالحزر والظن لاختلاف أهل التقويم فيها. ويجوز بيعه تولية ممن العرض في ملكه ويده. وأما بيعه مرابحة ممن العرض في [أ/١٠٣/م] ملكه ويده فينظر إن جعل الربح شيئًا مفردًا/ عن رأس المال معلوماً كالدراهم وثوب معين ونحو ذلك جاز لأن الثمن الأول معلوم والربح معلوم.

وإن جعل الربح جزءاً من رأس المال بأن قال بعتك الثمن الأول بربح ده يا زده لا يجوز، لأنه جعل الربح جزأ من العرض، والعرض ليس متماثل الأجزاء وإنما يعرف ذلك بالتقوم والقيمة مجهولة، لأن معرفتها بالحزر والظن.

وأما بيعه مواضعة ممن العرض في يده وملكه، فالجواب فيها على العكس من المرابحة وهو أنه إن جعل الوضيعة شيئاً مفرداً عن رأس المال معلوماً كالدراهم ونحوه لا يجوز لأنه يحتاج إلى وضع ذلك القدر عن رأس المال وهو مجهول، وإن جعلها من جنس رأس المال بأن باعه بوضع ده يا زده جاز البيع بعشرة أجزاء من أحد عشر جزأ من رأس المال، لأن الموضوع جزء شائع من رأس مال معلوم.

ومنها: أن لا يكون الثمن في العقد الأول مقابلاً بجنسه من أموال الربا، فإن كان بأن اشترى المكيل أو الموزون بجنسه مثلاً بمثل لم يجز له أن يبيعه مرابحة، لأن المرابحة بيع بالثمن الأول وزيادة والزيادة في

أموال الربا تكون رباً لا ربحاً وكذا لا يجوز بيعه مواضعة لما قلنا وله أن يبيعه تولية، لأن المانع هو تحقق الربا ولم يوجد في التولية ولأنه بيع بالثمن الأول من غير زيادة ولا نقصان، وكذا الإشراك لأنه تولية لكن ببعض الثمن والله سبحانه وتعالى أعلم.

وأما عند اختلاف الجنس فلا بأس بالمرابحة حتى لو اشترى ديناراً بعشرة دراهم فباعه بربح درهم أو ثوب بعينه جاز، لأن المرابحة بيع بالثمن الأول وزيادة، ولو باع ديناراً بأحد عشر درهماً أو بعشرة دراهم وثوب كان جائزاً، كذا هذا، ولو باع الدينار بربح ذهب بأن قال بعتك هذا الدينار الذي اشتريته بربح قيراطين لم يجز عند أبي يوسف، وعند محمد جاز.

وجه قوله: أن المرابحة بيع بالثمن الأول وزيادة كأنه باع ديناراً بعشرة دراهم وقيراطين وذلك جائز وطريق جوازه أن يكون القيراطان بمثلهما من الدينار والعشرة/ ببقية الدينار كذا هذا. [ب/١٠٣/م]

ولأبي يوسف: أن في تجويز هذا تغيير المرابحة لأن المتصارفين جعلا العشرة رأس المال والدراهم ربحاً، فلو جوزنا على ما قاله محمد لصار القيراط رأس مال وبعض العشرة ربحاً وفيه تغيير المقابلة وإخراجها عن كونها مرابحة فلا يصح، ولو اشترى سيفاً محلى بفضة وحليته خمسون بمائة درهم، ثم باعه مرابحة بربح درهم أو بربح دينار أو بربح ثوب بعينه لا يجوز، لأن المرابحة بيع بالثمن الأول وزيادة ربح والربح ينقسم على كل الثمن لأنه جعل ربح كل الثمن فلا بد وأن ينقسم على كله ليكون مرابحة على كل الثمن، ومتى انقسم على الكل كان للحلية حصة من الربح لا محالة فيتحقق الربا ولا يصح العقد والله أعلم.

ومنها: أن يكون العقد الأول صحيحاً، فإن كان فاسداً لم يجز بيع المرابحة، لأن المرابحة بيع بالثمن الأول مع زيادة ربح والبيع الفاسد وإن كان يفيد الملك في الجملة لكن بقيمة المبيع أو بمثله لا بالثمن لفساد التسمية والله عز وجل أعلم.

فصل: وأما بيان رأس المال فرأس المال ما لزم المشتري بالعقد لا ما نقده بعد العقد، لأن المرابحة بيع بالثمن الأول والثمن الأول هو ما وجب بالبيع، فأما ما نقده بعد البيع فذلك وجب بعقد آخر وهو الاستبدال فيأخذ من االمشتري الثاني الواجب بالعقد لا المنقود بعده، وكذلك التولية.

وبيان هذا الأصل إذا اشترى ثوباً بعشرة دراهم ونقد مكانها ديناراً أو ثوباً فرأس المال هو العشرة لا الدينار والثوب، لأن العشرة هي التي وجبت بالعقد وإنما الدينار أو الثوب بدل الثمن الواجب.

وكذلك لو اشترى ثوباً بعشرة دراهم جياد ونقد مكانها الزيوف، وتجوز بها البائع الأول فعلى المشتري نقد الجياد لما قلنا، ولو اشترى ثوباً بعشرة هي خلاف نقد البلد، ثم باعه مرابحة فإن ذكر الربح مطلقاً بأن قال أبيعك بالثمن الأول وربح درهم كان على المشتري الثاني عشرة من جنس ما نقد والربح من دراهم نقد البلد، لأن المرابحة بيع بالثمن الأول والثمن الأول هو الواجب بالعقد الأول وهو عشرة وهي خلاف نقد البلد فيجب بالعقد/ الثاني مثلها والربح من نقد البلد لأنه أطلق الربح وما أضافه إلى رأس المال والمطلق [أ/١٠٤/م] ينصرف إلى المتعارف وهو نقد البلد، وإن أضاف الربح إلى العشرة بأن قال أبيعك بربح العشرة أو بربح ده يا زده فالعشرة والربح من جنس الثمن الأول.

أما إذا قال: بربح العشرة فلأنه أضاف الربح إلى تلك العشرة إذا كان من جنسها، وأما إذا قال بربح ده يا زده فلأنه جعل الربح جزأ من العشرة فكان من جنسها ضرورة.

وعلى هذا يخرج ما إذا زاد المشتري البائع الأول في الثمن الأول وقبل أنه يبيعه مرابحة وتولية على الأصل والزيادة جميعاً، لأن الزيادة تلتحق بأصل العقد فيصير في التقدير كأن العقد على الأصل والزيادة جميعاً فكان الأصل مع الزيادة رأس المال لوجوبهما بالعقد تقديراً فيبيعه مرابحة عليهما.

وكذا لو حط البائع الأول عن المشتري بعض الثمن فإنه يبيعه مرابحة على الثاني بعد الحط، لأن الحط أيضاً يلتحق بأصل العقد فكان الباقي بعد الحط رأس المال وهو الثمن الأول فيبيعه مرابحة عليه.

ولو حط البائع الأول عن المشتري بعد ما باعه المشتري حط المشتري الأول ذلك القدر عن المشتري الثاني مع حصته من الربح لما ذكرنا أن الحط يلتحق بأصل العقد فيصير رأس المال وهو الثمن الأول ما وراء قدر المحطوط فيحط المشتري الأول عن المشتري الثاني ذلك القدر ويحط حصته من الربح أيضاً، لأن قدر الربح ينقسم على جميع الثمن، فإذا حط شيئاً من ذلك الثمن لا بد من حط حصته من الربح بخلاف ما إذا باع مساومة ثم حط عن المشتري الأول شيء من الثمن أنه لا يحط ذلك عن المشتري الثاني، لأن الثمن الأول أصل في بيع المرابحة ولا عبرة به في بيع المساومة.

ألا ترى أنه لو اشترى عبدين قيمتهما سواء أحدهما بألف والآخر بخمسمائة ثم باعهما مساومة انقسم الثمن عليهما على القيمة نصفين، ولو باعهما مرابحة أو تولية انقسم الثمن عليهما على قدر الثمن الأول أثلاثاً لا على قدر القيمة دل أن الأول أصل في بيع المرابحة ولا عبرة به في بيع المساومة فالحط عن الثمن الأول في بيع المرابحة يوجب الحط عن الثمن الثاني ولا يوجب في المساومة، /وهذا الذي ذكرنا على أصل [ب/١٠٤/م] أصحابنا الثلاثة، لأن الزيادة على الثمن تلتحق بأصل العقد.

وكذا الحط عنه ويصير كأن العقد في الابتداء وقع على هذا القدر، فأما على أصل زفر والشافعي فالزيادة والحط كل واحد منهما لا يصح زيادة في الثمن وحطاً عنه وإنما يصح هبة مبتدأة والمسألة تأتي في موضعها إن شاء الله تعالى.

فصل: وأما بيان ما يلحق برأس المال وما لا يلحق به فنقول: لا بأس بأن يلحق برأس المال أجرة القصار والصباغ والغسال والفتال والخياط والسمسار وسائق الغنم والكراء ونفقة الرقيق من طعامهم وكسوتهم وما لا بد لهم منه بالمعروف وعلف الدواب ويباع مرابحة وتولية على الكل اعتباراً للعرف، لأن العادة فيما بين التجار أنهم يلحقون هذه المؤن برأس المال ويعدونها منه وعرف المسلمين وعادتهم حجة مطلقة.

قال النبي عليه السلام: «ما رآهُ المسلمونَ حسناً فَهو عِنْدَ اللَّهِ حَسَنٌ»[1] إلا أنه لا يقول عند البيع اشتريته

---

(١) أخرجه أحمد (١/ ٣٧٩) موقوفاً على ابن مسعود وأخرجه أيضاً البزار والطيالسي والطبراني وأبو نعيم في «الحلية» (١/ ٣٧٥) والبيهقي في «الاعتقاد» انظر «مجمع الزوائد» (١/ ١٧٧ ـ ١٧٨).

بكذا ولكن يقول قام علي بكذا، لأن الأول كذب والثاني صدق.

وأما أجرة الراعي والطبيب والحجام والختان والبيطار وجعل الآبق والفداء عن الجناية وما أنفق على نفسه، وعلى الرقيق من تعليم صناعة أو قرآن أو شعر فلا يلحق برأس المال. ويباع مرابحة وتولية على الثمن الأول الواجب بالعقد الأول لا غير لأن العادة ما جرت من التجار بإلحاق هذه المؤن برأس المال.

وقال عليه الصلاة والسلام: «**مَا رَآهُ المُسْلِمُونَ قَبيحاً فهو عِنْدَ اللَّهِ قبيحٌ**»[(١)] وكذا المضارب ما أنفق على الرقيق من طعامهم وكسوتهم وما لا بد لهم منه بالمعروف يلحق برأس المال لجريان العادة بذلك وما أنفق على نفسه في سفره لا يلحق به لأنه لا عادة فيه والتعويل في هذا الباب على العادة، والله أعلم.

فصل: وأما بيان ما يجب بيانه في المرابحة وما لا يجب فالأصل فيه أن بيع المرابحة والتولية بيع أمانة لأن المشتري ائتمن البائع في إخباره عن الثمن الأول من غير بينة ولا استحلاف فتجب صيانتها عن الخيانة وعن سبب الخيانة والتهمة، لأن التحرز عن ذلك كله واجب ما أمكن، / قال الله عز شأنه: ﴿**يَا أيها الّذينَ آمَنُوا لا تَخُونُوا اللَّهَ والرسولَ وتَخُونُوا أَمانَاتِكُمْ وَأَنْتُمْ تَعْلَمُونَ**﴾[(٢)] وقال عليه الصلاة والسلام: «**لَيْسَ مِنّا مَنْ غَشّنا**»[(٣)]. [١/١٠٥م]

وقال عليه الصلاة والسلام لوابصة بن معبد رضي الله عنه: «**الحلالُ بيّنٌ والحرامُ بين وبينهما أمور مشتبهات فدعْ مَا يريبكَ إلا ما لا يريبك**»[(٤)] وروي عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال: «**ألا إنّ لِكُلّ مَلِكٍ حمى وإنّ حمى اللَّهِ محارمُه فمنْ حام حَولَ الحِمى يوشكُ أَنْ يَقَعَ فِيهِ**»[(٥)].

وقال عليه الصلاة والسلام: «**مَنْ كانَ يؤمنُ باللَّهِ واليومِ الآخر فلا يقفنَّ مواقفَ التُّهم**»[(٦)] والاحتراز عن الخيانة وعن شبهة الخيانة والتهمة إنما يحصل ببيان ما يجب بيانه فلا بد من بيان ما يجب بيانه وما لا يجب فنقول وبالله التوفيق.

إذا حدث بالسلعة عيب في يد البائع أو في يد المشتري فأراد أن يبيعها مرابحة ينظر إن حدث بآفة سماوية له أن يبيعها مرابحة بجميع الثمن من غير بيان عندنا.

وقال زفر والشافعي رحمهما الله[(٧)]: لا يبيعها مرابحة حتى يبين، وإن حدث بفعله أو بفعل أجنبي لم يبعه مرابحة حتى يبين بالإجماع.

---

(١) أخرجه أحمد (١/ ٣٧٩) موقوفاً. وهو بعض الحديث السابق.
(٢) سورة الأنفال، الآية: (٢٧).
(٣) أخرجه أحمد في «المسند» (٢/ ٤١٧).
ومسلم في «صحيحه» في الأيمان باب قول النبي ﷺ: «من غشنا..» برقم (١٠١).
وابن ماجة في «سننه» (٢٥٧٥).
(٤) أخرجه بهذا اللفظ أبو داود الطيالسي في «مسنده» والطبراني في «الأوسط».
(٥) أحمد (٤/ ٢٦٩) والبخاري (١/ ٢٠، ٣/ ٦٩) ومسلم (٥/ ٥٠، ٥١) وقد تقدم.
(٦) تقدم تخريجه.
(٧) انظر «مختصر المزني» صفحة(٨٣).

وجه قولهما: إن البيع من غير بيان حدوث العيب لا يخلو من شبهة الخيانة، لأن المشتري لو علم أن العيب حدث في يد المشتري لكان لا يربحه فيه، ولأنه لما باعه بعد حدوث العيب في يده فقد احتبس عنده جزءاً منه فلا يملك بيع الباقي من غير بيان، كما لو احتبس بفعله أو بفعل أجنبي.

ولنا: أن الفائت جزء لا يقابله ثمن بدليل أنه لو فات بعد العقد قبل القبض لا يسقط بحصته شيء من الثمن فكان بيانه والسكوت عنه بمنزلة واحدة، وما يقابله الثمن قائم بالكلية فله أن يبيعه مرابحة من غير بيان، لأنه يكون بائعاً ما بقي بجميع الثمن بخلاف ما إذا فات بفعله أو بفعل أجنبي، لأن الفائت صار مقصوداً بالفعل وصار مقابله الثمن فقد حبس المشتري جزءاً يقابله الثمن فلا يملك بيع الباقي مرابحة إلا ببيان والله سبحانه وتعالى أعلم.

ولو حدث من المبيع زيادة كالولد والثمرة والصوف واللبن والعقر لم يبعه مرابحة حتى يبين، لأن الزيادة المتولدة من المبيع مبيعة عندنا حتى تمنع الرد بالعيب وإن لم يكن لها حصة من الثمن/ [ب/١٠٥/م] للحال فهذا حبس بعض المبيع وباع الباقي فلا يجوز من غير بيان.

وكذا لو هلك بفعله أو بفعل أجنبي ووجب الأرش لأنه صار مبيعاً مقصوداً يقابله الثمن، ثم المبيع بيعاً غير مقصود لم يبعه مرابحة من غير بيان فالمبيع مقصوداً أولى. ولو هلك بآفة سماوية له أن يبيعه مرابحة من غير بيان لأنه إن هلك طرف من أطرافه بآفة سماوية باعه مرابحة من غير بيان على ما مر فالولد أولى لأنه ملحق بالطرف.

ولو استغل الولد والأرض جاز له أن يبيعه مرابحة من غير بيان، لأن الزيادة التي ليست بمتولدة من المبيع لا تكون مبيعة بالإجماع، ولهذا لا يمنع الرد بالعيب فلم يكن ببيع الدار أو الأرض حابساً جزءاً من المبيع فكان له أن يبيعه مرابحة من غير بيان.

وكذلك لو كان المشترى جارية ثيباً فوطئها جاز له أن يبيعها مرابحة من غير بيان، فإن الوطء استيفاء المنفعة حقيقة والمنفعة ليست بجزء لها حقيقة فاستيفاؤها لا يوجب نقصاناً في الذات، إلا أنه ألحق بالجزء عند عدم الملك إظهاراً لخطر الأبضاع ولا حاجة إلى ذلك في الملك، فبقيت مبيعة حقيقة، ووطء الثيب إنما منع الرد بالعيب عندنا لا لأنه إتلاف جزء من العين بل لمعنى آخر نذكره في موضعه، ولو كانت الجارية بكراً فافتضها المشتري لم يبعها مرابحة حتى يبين لأن الافتضاض إزالة العذرة وهو عضو منها فكان إتلافاً لجزئها فأشبه إتلاف سائر الأجزاء؛ ولو أتلف منها جزءاً آخر لكان لا يبيعها مرابحة حتى يبين. كذا هذا.

ولو اشترى شيئاً نسيئة لم يبعه مرابحة حتى يبين لأن للأجل شبهة المبيع، وإن لم يكن مبيعاً حقيقة لأنه مرغوب فيه، ألا ترى أن الثمن قد يزاد لمكان الأجل فكان له شبهة أن يقابله شيء من الثمن فيصير كأنه اشترى شيئين ثم باع أحدهما مرابحة على ثمن الكل، لأن الشبهة ملحقة بالحقيقة في هذا الباب فيجب التحرز عنها بالبيان.

ولو اشترى من إنسان شيئًا بدين له عليه له أن يبيعه مرابحة من غير بيان، ولو أخذ شيئاً صلحاً من دين له على إنسان لا يبيعه مرابحة حتى يبين.

ووجه الفرق: أن مبنى الصلح على الحط والإغماض والتجوز بدون الحق فلا بد من البيان ليعلم/ [١٠٦/أ/م] المشتري أنه سامح أم لا فيقع التحرز عن التهمة ومبنى الشراء على المضايقة والمماكسة فلا حاجة إلى البيان، وفرق آخر أن في الشراء لا تتصور الخيانة لأن الشراء لا يقع بذلك الدين بعينه بل بمثله، وهو أن يجب على المشتري مثل ما في ذمة المديون فيلتقيان قصاصاً لعدم الفائدة والدليل على أنه كذلك أنه لو اشترى ثم تصادقا على أنه لم يكن عليه دين لم يبطل الشراء، ولو وقع الشراء بذلك الدين بعينه لبطل الشراء، وإذا لم يقع الشراء بذلك الدين بعينه لا تتقدر الخيانة، كما إذا اشترى منه ثوباً بعشرة دراهم ابتداء، بخلاف الصلح فإنه يقع بما في الذمة على البدل المذكور. ألا ترى أنهما لو تصادقا بعد عقد الصلح على أنه لم يكن عليه دين يبطل الصلح فاحتمل تهمة المسامحة والتجوز بدون الحق فوجب التحرز عن ذلك بالبيان.

ولو اشترى ثوباً بعشرة دراهم ورقمه اثني عشر فباعه مرابحة على الرقم من غير بيان جاز إذا كان الرقم معلوماً والربح معلوماً، ولا يكون خيانة لأنه صادق لكن لا يقول اشتريته بكذا لأنه يكون كاذباً فيه.

وروي عن أبي يوسف أن المشتري: إذا كان لا يعلم عادة التجار، وعنده أن الرقم هو الثمن لم يبعه مرابحة على ذلك من غير بيان.

وكذلك لو ورث مالاً فرقمه ثم باعه مرابحة على رقمه يجوز لما قلنا، ولو اشترى شيئاً ثم باعه بربح ثم اشتراه فأراد أن يبيعه مرابحة فإنه يطرح كل ربح كان قبل ذلك فيبيعه مرابحة على ما يبقي من رأس المال بعد الطرح، فإن لم يبق منه شيء بأن استغرق الربح الثمن لم يبعه مرابحة وهذا عند أبي حنيفة.

وأما عند أبي يوسف ومحمد: يبيعه مرابحة على الثمن الأخير من غير بيان ولا عبرة بالعقود المتقدمة ربح فيها أو خسر.

وبيان ذلك إذا اشترى ثوباً بعشرة فباعه بخمسة عشر ثم اشتراه بعشرة فإنه يبيعه مرابحة على خمسة عنده، وعندهما على عشرة، ولو باعه بعشرين ثم اشتراه بعشرة لم يبعه مرابحة أصلاً وعندهما يبيعه مرابحة على عشرة.

وجه قولهما: أن العقود المتقدمة لا عبرة بها لأنها ذهبت وتلاشت/ بنفسها وحكمها، فأما العقد الأخير [١٠٦/ب/م] فحكمه قائم وهو الملك فكان هذا المعتبر فيبيعه مرابحة على الثمن الأخير.

ولأبي حنيفة عليه الرحمة: أن الشراء الأخير كما أوجب ملك الثوب فقد أكد الربح وهو خمسة، لأنه كان يحتمل البطلان بالرد بالعيب أو بغيره من أسباب الفسخ، فإذا اشترى فقد خرج عن احتمال البطلان فتأكد، وللتأكد شبهة الإثبات فكان مشترياً للثوب وخمسة الربح بعشرة من وجه فكان فيه شبهة أنه اشترى شيئين ثم باع أحدهما مرابحة على ثمن الكل وذا لا يجوز من غير بيان لأن الشبهة في هذا الباب لها حكم الحقيقة.

ألا ترى أنه لو اشترى ثوباً بعشرة نسيئة ثم أراد أن يبيعه مرابحة على عشرة نقد لم يبعه مرابحة من غير بيان احترازاً عن الشبهة، لأن للأجل شبهة أن يقابله الثمن على ما مر فوجب التحرز عنه بالبيان، كذا هذا،

فإذا باعه بعشرين ثم اشتراه بعشرة صار كأنه اشترى ثوباً وعشرة بعشرة فيكون العشرة بالعشرة ويبقى الثوب خالياً عن العوض في عقد المعاوضة فيتمكن فيه شبهة الربا فلم يبعه مرابحة والله سبحانه وتعالى أعلم.

ولو اشترى ممن لا تجوز شهادته له كالوالدين والمولودين والزوج والزوجة لم يجز له أن يبيعه مرابحة حتى يبين عند أبي حنيفة.

وقال أبو يوسف ومحمد: له ذلك من غير بيان، ولو اشترى من مكاتبه أو عبده المأذون وعليه دين أو لا دين عليه لم يبعه مرابحة من غير بيان بالإجماع. وجه قولهما أنه لا خلل في الشراء الأول لأن ملك كل واحد/ منهما ممتاز عن ملك صاحبه منفصل عنه فصح الشراء الأول فلا يجب البيان. كما إذا اشترى من الأجنبي. ولأبي حنيفة رحمه الله أن تهمة المسامحة في الشراء الأول قائمة لأن الناس في العادات لا يماكسون في الشراء من هؤلاء فكانت التهمة وهي الشراء بزيادة الثمن قائمة فلا بد من البيان كما في المكاتب والمأذون، ولأن للشراء من هؤلاء شبهة عدم الصحة، لأن كل واحد منهما يبيع بمال صاحبه عادة ولهذا لا تقبل شهادة أحدهما لصاحبه لكونها شهادة لنفسه من وجه فكان مال كل واحد منهما بعد البيع والشراء قائماً معنى فكان لهذا الشراء شبهة عدم الصحة. والشبهة في هذا الباب ملحقة بالحقيقة، فيؤثر في المرابحة، كما في المكاتب والعبد المأذون. [أ/١٠٧/م]

ولو اشترى سلعة من رجل بألف درهم ثم اشترى منه من لا تقبل شهادته له بألف درهم وخمسمائة فإنه يبيعه مرابحة على أقل الثمنين وذلك ألف ولا يبيعه مرابحة على ألف وخمسمائة إلا ببيان عند أبي حنيفة، وعندهما يبيعه مرابحة على ألف وخمسمائة من غير بيان لما ذكرنا.

وأجمعوا على أنه لو اشترى عبداً بخمسمائة فباعه من المكاتب المديون أو لا دين عليه بألف إنه لا يبيعه مرابحة على أكثر الثمنين.

وكذا لو اشترى المكاتب أو المأذون عبدًا بخمسمائة فباعه من المولى بألف لما قلنا ولو اشترى من مضاربه أو اشترى مضاربه منه فإنه يبيعه مرابحة على أقل الثمنين وحصة المضارب من الربح إن كان فيه ربح، وإن لم يكن ربح يبيعه مرابحة على أقل الثمنين بيان ذلك إذا دفع ألفاً مضاربة فاشترى رب المال عبداً بخمسمائة فباعه من المضارب بألف فإن المضارب يبيعه مرابحة على خمسمائة، لأن جواز بيع رب المال من المضارب، والمضارب من رب المال ليس بمقطوع به، بل هو محل الاجتهاد، فإن عند زفر لا يجوز، وهو القياس، لأنه بيع مال نفسه على نفسه والشراء من الإنسان بماله إلا أنا استحسنا الجواز بالاجتهاد مع احتمال الخطأ فكان شبهة عدم الجواز قائمة فتلحق بالحقيقة في المنع من المرابحة من غير بيان ولأنه يحتمل أن رب المال باعه من المضارب بأكثر من قيمته لكن ساهله المضارب لأنه ما اشتراه بمال نفسه بل بمال رب المال فتمكنت التهمة في هذا البيع فلا يبيعه مرابحة بأوفر الثمنين إلا ببيان.

ولو اشترى المضارب عبداً بألف فباعه من رب المال بألف ومائتين فإن لرب المال بيعه مرابحة على ألف ومائة إن كانت المضاربة بالنصف، لأن المائتين ربح وهي بينهما، إلا أن حصة رب المال فيها شبهة وتهمة على ما ذكرنا فيطرح ذلك القدر من بيع/ المرابحة، وأما حصة المضارب فلا شبهة فيها ولا تهمة إذ لا [ب/١٠٧/م]

حق فيها لرب المال فيبيعه مرابحة على ألف ومائة.

وكذلك لو اشترى رب المال عبداً بألف فباعه من المضارب بمائة باعه المضارب مرابحة على مائة.

وكذلك لو اشترى المضارب بألف فباعه من رب المال بمائة باعه رب المال مرابحة على مائة وهي أقل الثمنين، لأنه لا تهمة في الأقل، وفي الأكثر تهمة على ما بينا.

ولو اشترى رب المال بخمسمائة فباعه من المضارب بألف ومائة باعه المضارب مرابحة على خمسمائة وخمسين، لأن الخمسمائة أقل الثمنين والخمسون قدر حصة المضارب من الربح فتضم إلى الخمسمائة والله عز وجل أعلم.

فصل: وأما حكم الخيانة إذا ظهرت فنقول وبالله التوفيق: إذا ظهرت الخيانة في المرابحة لا يخلو إما إن ظهرت في صفة الثمن، وإما إن ظهرت في قدره، فإن ظهرت في صفة الثمن بأن اشترى شيئاً بنسيئة ثم باعه مرابحة على الثمن الأول ولم يبين أنه اشتراه بنسيئة أو باعه تولية ولم يبين ثم علم المشتري فله الخيار بالإجماع إن شاء أخذه وإن شاء رده، لأن المرابحة عقد بني على الأمانة، لأن المشتري اعتمد البائع وائتمنه في الخبر عن الثمن الأول فكانت الأمانة مطلوبة في هذا العقد فكانت صيانته عن الخيانة مشروطة دلالة ففواتها يوجب الخيار كفوات السلامة عن العيب.

وكذا لو صالح من دين ألف له على إنسان على عبد ثم باعه مرابحة على الألف ولم يبين للمشتري أنه كان بدل الصلح فله الخيار لما قلنا، وإن ظهرت الخيانة في قدر الثمن في المرابحة والتولية بأن قال اشتريت بعشرة وبعتك بربح ده يا زده، أو قال اشتريت بعشرة ووليتك بما توليت ثم تبين أنه كان اشتراه بتسعة فقد اختلف في حكمه.

قال أبو حنيفة عليه الرحمة: المشتري بالخيار في المرابحة إن شاء أخذه بجميع الثمن وإن شاء ترك، وفي التولية لا خيار له لكن يحط قدر الخيانة ويلزم العقد بالثمن الباقي.

وقال أبو يوسف: لا خيار له ولكن يحط قدر الخيانة فيهما جميعاً وذلك درهم في التولية ودرهم في المرابحة/ وحصة من الربح وهو جزء من عشرة أجزاء من درهم، وقال محمد رحمه الله: له الخيار فيهما [١٠٨/أ م] جميعاً إن شاء أخذه بجميع الثمن وإن شاء رده على البائع.

وجه قول محمد رحمه الله: أن المشتري لم يرض بلزوم العقد إلا بالقدر المسمى من الثمن فلا يلزم بدونه ويثبت له الخيار لفوات السلامة عن الخيانة كما يثبت الخيار بفوات السلامة عن العيب إذا وجد المبيع معيباً.

وجه قول أبي يوسف رحمه الله: أن الثمن الأول أصل في بيع المرابحة والتولية، فإذا ظهرت الخيانة تبين أن تسمية قدر الخيانة لم تصح فلغت تسميته وبقي العقد لازماً بالثمن الباقي.

ولأبي حنيفة: الفرق بين المرابحة والتولية وهو: أن الخيانة في المرابحة لا توجب خروج العقد عن كونه مرابحة، لأن المرابحة بيع بالثمن الأول وزيادة ربح وهذا قائم بعد الخيانة، لأن بعض الثمن رأس مال

وبعضه ربح فلم يخرج العقد عن كونه مرابحة وإنما أوجب تغييراً في قدر الثمن، وهذا يوجب خللاً في الرضا فيثبت الخيار كما إذا ظهرت الخيانة في صفة الثمن بأن ظهر أن الثمن كان نسيئة ونحو ذلك على ما ذكرنا بخلاف التولية، لأن الخيانة فيها تخرج العقد عن كونه تولية، لأن التولية بيع بالثمن الأول من غير زيادة ولا نقصان وقد ظهر النقصان في الثمن الأول، فلو أثبتنا الخيار لأخرجناه عن كونه تولية وجعلناه مرابحة وهذا إنشاء عقد آخر لم يتراضيا عليه، وهذا لا يجوز فحططنا قدر الخيانة وألزمنا العقد بالثمن الباقي والله سبحانه وتعالى أعلم.

هذا إذا كان المبيع عند ظهور الخيانة بمحل الفسخ، فأما إذا لم يكن بأن هلك أو حدث به ما يمنع الفسخ بطل خياره ولزمه جميع الثمن لأنه إذا لم يكن بمحل الفسخ لم يكن في ثبوت الخيار فائدة فيسقط كما في خيار الشرط وخيار الرؤية والله سبحانه وتعالى أعلم.

فصل: وأما الإشراك: فحكمه حكم التولية لا أنه تولية حقيقة لكنه تولية بعض المبيع ببعض الثمن، وقد ذكرنا ما يتعلق بالتولية من الشرائط والأحكام والذي يختص بالإشراك بيان القدر الذي تثبت فيه الشركة فنقول وبالله التوفيق: المشتري لا يخلو إما أن يكون/ لواحد، وإما أن يكون لاثنين أو أكثر، فإن كان لواحد [١٠٨/م ب] فأشرك فيه غيره فلا يخلو: إما أن يشركه في قدر معلوم كالنصف والثلث والربع ونحو ذلك وإما إن أطلق الشركة فإن أشركه في قدر معلوم فله ذلك القدر لا شك فيه لأن حكم التصرف فيه يثبت في قدر ما أضيف إليه هو الأصل، فإن أطلق الشركة بأن قال أشركتك في هذا الكر فله نصف الكر، كما لو قال أشركتك في نصف الكر، لأن الشركة المطلقة تقتضي المساواة فتقتضي أن يكون نصيب الرجل مثل نصيبه.

ولو أشرك رجلاً في نصفه فلم يقبضه حتى هلك نصفه فالرجل بالخيار إن شاء أخذ نصف ما بقي وهو ربع الكر وإن شاء ترك، لأنه كان له نصف شائع من ذلك فما هلك هلك على الشركة وما بقي بقي على الشركة وله الخيار إذا كان قبل القبض لأن الصفقة قد تفرقت عليه. وكذلك لو باع رجلاً نصف الكر ثم هلك نصفه قبل القبض لما قلنا.

ولو كان مكان الهلاك استحقاق بأن استحق نصف الكر فههنا يختلف حكم الشركة والبيع فيكون النصف الباقي للمشتري خاصة في البيع وفي الشركة يكون بينهما، وإنما كان كذلك لأن البيع أضيف إلى نصف شائع وتعذر تنفيذه في النصف المستحق لانعدام الملك وأمكن تنفيذه في نصف المملوك فيجب تنفيذه فيه.

وكذلك في الشركة إلا أن تنفيذه في النصف المملوك يقتضي المساواة بينهما في ذلك النصف، وذلك بأن يكون نصفه للرجل ونصفه له.

ولو اشترى عبداً فقال له رجل: أشركني في هذا العبد فقال قد أشركتك، ثم قال له رجل آخر مثل ذلك فأشركه فيه، إن كان الثاني علم بمشاركة الأول فله الربع وللمشتري الربع والنصف للأول، وإن كان لم يعلم بمشاركته فالنصف له والنصف للأول ولا شيء للمشتري، لأنه إذا علم الثاني بمشاركة الأول فلم يطلب الشركة منه إلا في نصيبه خاصة والشركة في نصيبه تقتضي المساواة بين النصيبين وهي أن يكون لكل واحد منهما الربع.

وإذا لم يعلم بالشركة فقوله: أشركني طلب الشركة في الكل، والإشراك/ في الكل أن يكون نصفه له [١٠٩/أ م] والأول قد استحق النصف بالمشاركة فيستحق الثاني النصف الباقي تحقيقاً للشركة المقتضية للمساواة.

ولو قال لرجل: اشتر جارية فلان بيني وبينك، فقال المأمور: نعم ثم لقيه غيره فقال له مثل ما قال الأول، فقال المأمور نعم ثم اشترى الجارية فالجارية بين الآمرين ولا شيء منها للمأمور، لأن الأول وكله بشراء نصف الجارية وبقبول الوكالة الثانية لا يخرج عن كونه وكيلاً للأول لأنه لا يمكن إخراج نفسه عن الوكالة من غير محضر من الموكل فبقي وكيلاً له بشراء النصف، فإذا قبل الوكالة من الثاني صار وكيلاً في شراء النصف الآخر، فإذا اشترى الجارية فقد اشتراها لموكليه فكانت بينهما.

ولو لقيه ثالث فقال له مثل ما قال الأولان فقال نعم ثم اشتراها كانت الجارية للأولين ولا شيء للثالث، لأنه قد بقي وكيلاً للأولين، إذ لا يملك إخراج نفسه عن وكالتهما حال غيبتهما فلم يصح قبوله الوكالة من الثالث.

شريكان شركة عنان في الرقيق أمر أحدهما صاحبه أن يشتري عبد فلان بينه وبين المأمور ثم أمره آخر بمثل ذلك فاشتراه فالنصف للأجنبي والنصف للشريكين لأن كل واحد من الشريكين يملك شراء الرقيق بعقد الشركة من غير أمر فكان الأمر سفهاً فلم يصح وصح من الأجنبي فاستحق النصف، واستحقاق النصف تقضية الشركة والله عز وجل أعلم.

هذا إذا كان المشتري لواحد فأشركه فإن كان لاثنين فلا يخلو إما أن يكون أشرك أحدهما رجلاً وإما أن أشركاه جميعاً، فإن أشركه أحدهما فإما إن أشركه في نصيبه خاصة بأن قال أشركتك في نصيبي، وإما إن أشركه في نصفه بأن قال أشركتك في نصفي وإما إن أشركه مطلقاً بأن قال: أشركتك في هذا العبد، وإما أن أشركه في نصيبه ونصيب صاحبه، وإما إن أشركه في نصفه بأن قال أشركتك في نصف هذا العبد؛ فإن أشركه في نصيبه خاصة فله النصف من نصيبه لأن الشركة المطلقة في نصيبه تقتضي أن يكون نصيبه فيه مثل نصيبه، لأنها تقتضي المساواة، وكذا لو أشركه في نصفه لأن الشركة المطلقة في نصفه تقتضي المساواة فيه، وإن أشركه مطلقاً فإن أجاز شريكه فله النصف كاملاً والنصف لهما، وإن لم يجز فالربع له لما ذكرنا أن الشركة المطلقة تقتضي المساواة فتقتضي أن يكون نصيبه وحده مثل نصيبيهما جميعاً، إلا أنه إذا لم يجز تعذر تنفيذ الإشراك في نصيبه فينفذ في نصيب صاحبه فيكون له الربع، وإذا أجاز أمكن إجراء الشركة على إطلاقها، وهي بإطلاقها تقتضي المساواة/، وذلك في أن يكون له النصف ولكل واحد منهما الربع، وإن أشركه في [ب/١٠٩] نصيبه ونصيب صاحبه فكذلك في ظاهر الرواية أنه إن أجاز صاحبه فله النصف، والنصف الآخر لهما، وإن لم يجز فله الربع.

وروي عن أبي يوسف في «النوادر» أنه إن أجاز كان بينهما أثلاثاً وإن أبى أن يجيز كان له ثلث ما في يد الذي أشركه وهو سدس الكل.

وجه هذه الرواية: أن إشراك أحدهما وإجازة الآخر بمنزلة إشراكهما معاً لأن الإجازة تستند إلى حال

العقد فكأنهما أشركاه معاً. ولأن الإجازة اللاحقة بمنزلة الوكالة السابقة فصار كأن العاقد أشرك بوكالة صاحبه.

وجه ظاهر الرواية: أن الإشراك والإجازة تثبت على التعاقب لوجود الإشراك، والإجازة على التعاقب والحكم يثبت على وفق العلة فصار كما لو أشرك كل واحد منهما على التعاقب.

قوله الإجازة: تستند إلى حالة العقد.

قلنا: نعم لكن الثابت بطريق الاستناد يثبت للحال ثم يستند فكان حكم الإجازة متأخراً عن حكم الإشراك ثبوتاً، وإن أشركه في نصف العبد فأجاز شريكه فله نصف ما في يد هذا ونصف ما في يد الآخر وإن لم يجز فله نصف ما في يد الذي أشركه لما قلنا.

هذا إذا أشركه أحدهما، فأما إذا أشركاه جميعاً فلا يخلو إما إن أشركاه معاً وإما إن أشركاه على التعاقب، فإن أشركاه معاً فالقياس أن يكون له النصف كاملاً ولكل واحد منهما الربع، وفي الاستحسان يكون بينهم أثلاثاً، وإن أشركاه على التعاقب مطلقاً ولم يبينا قدر الشركة، أو أشركاه في نصيبهما بأن قال كل واحد منهما أشركتك في نصيبي ولم يبين في كم/ أشركه كان له النصف وللأولين النصف. [١١٠/أ/م]

وجه القياس: أنه لما أشركه كل واحد منهما فقد استحق نصف نصيبه فكان النصف له والنصف لهما جميعاً، كما لو أشركاه على التعاقب. وجه الاستحسان وهو الفرق بين حالة الاجتماع والافتراق أن الإشراك المطلق من كل واحد منهما إياه في زمان واحد يقتضي المساواة في أنصباء الكل، وهو أن يكون نصيب كل واحد منهم مثل نصيب الآخر في أن يكون المشترى بينهم أثلاثاً، بخلاف الإشراك على التعاقب، لأن الإشراك من أحدهما مطلقاً في زمان يقتضي أن يكون نصيبه مثل نصيبه، وكذلك الإشراك الآخر في الزمان الثاني فيجتمع له ربعان وهو النصف لكل واحد منهما الربع. والله أعلم.

فصل: وأما المواضعة فهي بيع بمثل الثمن الأول مع نقصان شيء معلوم منه، ويعتبر لها من الشرائط والأحكام ما يعتبر للمرابحة، وقد ذكرنا ذلك كله والأصل في معرفة مقدار الثمن في المواضعة أن يضم قدر الوضيعة إلى رأس المال ثم يطرح منه فما بقي بعد الطرح فهو الثمن.

مثاله إذا قال اشتريت هذا بعشرة وبعتك بوضيعة ده يا زده، فإذا أردت أن تعرف الثمن أنه كم هو فسبيلك أن تجعل كل درهم من العشرة التي هي رأس المال أحد عشر جزءاً فيكون الكل أحد عشر اطرح منها درهماً يكون الثمن تسعة دراهم وجزءاً من أحد عشر جزء من درهم، وعلى هذا القياس تجري مسائل المواضعة والله الموفق للصواب.

فصل: وأما شرائط لزوم البيع بعد انعقاده ونفاذه وصحته فواحد، وهو أن يكون خالياً عن خيارات أربعة: خيار التعيين وخيار الشرط وخيار العيب وخيار الرؤية فلا يلزم مع أحد هذه الخيارات، وهذا عندنا، وقال الشافعي[١] رحمه الله: افتراق العاقدين مع الخلو عن الخيارين وهو خيار الشرط وخيار العيب شرط أيضاً.

---

(١) انظر «الأم» (٣/ ٥).

ولقب المسألة أن خيار المجلس ليس بثابت عندنا وعنده ثابت.

احتج الشافعي رحمه الله بقوله عليه الصلاة والسلام/ : «المُتَبايعان بالخيارِ ما لمْ يفترِقا»[١] وهذا نص [١-١١٠ ب] في الباب، ولأن الإنسان قد يبيع شيئاً ويشتري شيئًا ثم يبدو له فيندم فيحتاج إلى التدارك بالفسخ. فكان ثبوت الخيار في المجلس من باب النظر للمتعاقدين.

ولنا ظاهر قوله عز وجل: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لاَ تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكم بِالْبَاطِلِ إِلاَّ أن تَكُونَ تِجارةً عن تَرَاضٍ مِّنْكُمْ﴾[٢] أباح الله سبحانه وتعالى الأكل بالتجارة عن تراض مطلقاً عن قيد التفرق عن مكان العقد.

وعنده إذا فسخ أحدهما العقد في المجلس لا يباح الأكل فكان ظاهر النص حجة عليه. ولأن البيع من العاقدين صدر مطلقاً عن شرط والعقد المطلق يقتضي ثبوت الملك في العوضين في الحال فالفسخ من أحد العاقدين يكون تصرفاً في العقد الثابت بتراضيهما أو في حكمه بالرفع والإبطال من غير رضا الآخر، وهذا لا يجوز ولهذا لم ينفرد أحدهما بالفسخ والإقالة بعد الافتراق كذا هذا.

وأما الحديث فإن ثبت مع كونه في حد الآحاد مخالفاً لظاهر الكتاب فالخيار المذكور فيه محمول على خيار الرجوع والقبول ما داما في التبايع وهو أن البائع إذا قال لغيره: بعت منك كذا فله أن يرجع ما لم يقل المشتري اشتريت، وللمشتري أن لا يقبل أيضاً، وإذا قال المشتري: اشتريت منك بكذا كان له أن يرجع ما لم يقل البائع بعت وللبائع أن لا يقبل أيضاً، وهذا النوع من التأويل للخبر نقله محمد في «**الموطأ**» عن إبراهيم النخعي رحمهما الله وأنه موافق لرواية أبي حنيفة لما روي عن ابن سيدنا عمر رضي الله عنهما: «البيعان بالخيار ما لم يتفرقا عن بيعهما» حملناه على هذا توفيقاً بين الدلائل بقدر الإمكان والله تعالى جل شأنه أعلم.

فصل: وأما بيان ما يكره من البياعات وما يتصل بها، فأما البياعات المكروهة فمنها التفريق بين الرقيق في البيع.

والأصل فيه ما روي عن رسول الله ﷺ أنه قال: «**لا تُولّه والدةٌ عَنْ وَلَدِها**»[٣] والتفرق بينهما توليه فكان منهياً.

وروي أن النبي عليه الصلاة والسلام: «**رأى امرأةً والهة في السبي فسأل عَنْ شَأنِهَا فقيل: قد بيعَ ولدُها فأمرَ بالرّد**»[٤].

---

(١) أخرجه مالك في الموطأ (٢/ ٦٧١).
والبخاري في «صحيحه» في البيوع، باب إذا كان البائع بالخيار هل يجوز البيوع (٣/ ١٨٤).
ومسلم في البيوع، باب ثبوت خيار المجلس للمتبايعين برقم (١١٦٣).
وأبو داود في «سننه» في البيوع، باب في خيار المتبايعين برقم (٣٤٥٤).
والترمذي في «جامعه» في البيوع، باب ما جاء في البيعين بالخيار ما لم يتفرقا.
والنسائي في «المجتبى» (٧/ ٢١٨) في البيوع.

(٢) سورة النساء، الآية: (٢٩).

(٣) رواه البيهقي في قصة بين عمر وأبي بكر (٨/ ٥) وانظر «نصب الراية» (٣/ ٢٦٦).

(٤) لم أجده بهذا اللفظ.

وقال عليه الصلاة والسلام: «**مَنْ فَرَّقَ بينَ والدةٍ وولدِها فرقَ اللَّهُ بينَه وبينَ أحبتِهِ يومَ القِيَامةِ**»[١] وهذا خرج مخرج الوعيد.

[١/١١١/م] وروي أنه قال عليه الصلاة والسلام: «**لا يجتمعُ عليهم السبي والتفريق/ حَتّى يبلغ الغلامُ وتحيضَ الجاريةُ**»[٢] ونهى عن التفريق في الصغر.

وروي أنه عليه الصلاة والسلام وهب من سيدنا علي رضي الله عنه غلامين صغيرين فباع أحدهما، فسأل رسول الله ﷺ عنهما فقال: «**بعتُ أحدهما، فقال عليه الصلاة والسلام: بِعْهُمَا أو ردّ**»[٣] والأمر بالجمع بينهما في البيع أو رد البيع فيهما دليل على كراهة التفريق، ولأن التفريق بين الصغير والكبير نوع إضرار بهما، لأن الصغير ينتفع بشفقة الكبير ويسكن إليه والكبير يستأنس بالصغير، وذا يفوت بالتفريق فيلحقهما الوحشة فكان التفريق إضراراً بهما بإلحاق الوحشة، وكذا بين الصغيرين لأنهما يأتلفان ويسكن قلب أحدهما بصاحبه فكان التفريق بينهما إيحاشاً بهما فكره، ولأن الصبا من أسباب الرحمة. قال عليه الصلاة والسلام: «**مَنْ لَمْ يَرحم صَغيرنا وَلَمْ يوقرْ كبيرَنا فَليسَ مِنَّا**»[٤].

وفي التفريق ترك الرحمة فكان مكروهاً.

ثم الكلام في كراهة التفريق في مواضع: في بيان شرائط الكراهة، وفي بيان ما يحصل به التفريق، وفي بيان صفة ما يحصل به التفريق أنه جائز أم لا.

= وإنما أخرج البزار وفي سنده: حسين بن عبد الله بن صخيرة وهو متروك كذاب. عن صخيرة: أن رسول الله ﷺ مر بأم صخيرة، وهي تبكي، فقال: «**ما يبكيك، أجائعة أنت؟ أعارية أنت؟**» قالت: يا رسول الله فرّق بيني وبين ابني فقال رسول الله ﷺ: «**لا يفرّق بين الوالدة وولدها**» ثم أرسل إلى التي عنده فردها على الذي اشتراها منه ثم ابتاعهم منه. قال ابن أبي ذئب: ثم أقرأني كتاباً عنده: «**بسم الله الرحمن الرحيم من محمد رسول الله ﷺ لأبي صخيرة وأهل بيته أن رسول الله ﷺ أعتقهم، وأنهم أهل بيت من العرب، إن أحبوا أقاموا عند رسول الله ﷺ وإن أحبوا رجعوا إلى قومهم فلا يعرض لهم إلا بخير**».

(١) البيهقي (٩/ ١٢٦) والدارقطني (٣/ ٦٧).

(٢) أخرجه الدارقطني في «سننه» (٣/ ٦٧) عن عبادة بن الصامت بلفظ: «**نهى رسول الله ﷺ أن يفرق بين الأم وولدها، فقيل يا رسول الله إلى متى؟ قال: حتى يبلغ الغلام، وتحيض الجارية**» وفي سنده عبد الله هو الواقعي وهو ضعيف. الحديث، رماه ابن المديني بالكذب ولم يروي عن سعيد غيره.

(٣) أخرجه أحمد في «**المسند**» (١/ ٩٧، ٩٨) وأبو داود في «**السنن**» كتاب الجهاد باب في التفريق بين السبي برقم (٢٦٩٦) وقال أبو داود: (ميمون ـ وهو الراوي عن علي ـ لم يدرك علياً والترمذي في «**السنن**» كتاب البيوع باب ما جاء في كراهية الفرق برقم (١٢٨٤).

(٤) أخرجه أحمد في «**المسند**» (١/ ٢٥٧). والترمذي في «**جامعه**» في البر، باب ما جاء في رحمة الصبيان برقم (١٩٢١) وقال حديث حسن غريب.

وأخرجه أيضاً البزار برقم (١٩٥٦) والطبراني في الكبير برقم (١٠٨٣) برقم (١١٠٨٣) و (١٢٢٧٦) وقال الهيثمي في «**المجمع**» (٨/ ١٤): رواه أحمد والبزار بنحوه والطبراني باختصار، وزاد: «ويعرف لنا حقنا» وفي أحد إسنادي البزار قيس بن الربيع وثقه شعبة والثوري وضعفه غيرهما، وبقية رجاله ثقات، وفي إسناد أحمد ليث بن أبي سليم وهو مدلس. وصححه ابن حبان برقم (٤٥٨) وفي الباب أحاديث أعز عن أنس وعن أبي هريرة عند البخاري في «**الأدب المفرد**» برقم (٣٥٣). والحاكم في «**المسند**» وصححه ووافقه الهيثمي وغيرهم.

أما شرائط الكراهة فمنها: صغر أحدهما، وهو أن يكون أحدهما صغيراً أو يكونا صغيرين، فإن كانا كبيرين لا يكره التفريق بينهما لما روي عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال: «**لا يجتمعُ عليهم السبيُ والتفريقُ حَتّى يبلغَ الغُلامُ وتحيضَ الجَاريةُ**»[١].

مد عليه الصلاة والسلام النهي عن التفريق إلى غاية البلوغ فدل على اختصاص الكراهة بحالة الصغر وزوالها بعد البلوغ، ولأن الكراهة معلولة بالإضرار بزوال الاستئناس والشفقة وترك الرحم. وكل ذلك يختص بحالة الصغر.

ومنها: الرحم وهو القرابة فإن كانا أجنبيين لم يكره التفريق بينهما.

ومنها: المحرمية وهو أن يكونا ذوي رحم محرم بأن كان بينهما قرابة محرمة للنكاح فلا يكره التفريق بين ابني العم ونحو ذلك، لأن القربة المحرمة للنكاح محرمة القطع مفترضة الوصل فكانت منشأ الشفقة والإنس بخلاف سائر القرابات وكذا المحرمية بدون الرحم لا تحرم التفريق كحرمة الرضاع والمصاهرة لانعدام معنى الشفقة والإنس لعدم دليلهما وهو القرابة/ . [ب/١١١]

ومنها: أن يكون مالكهما واحد بأي سبب ملكهما بشراء أو هبة أو ميراث أو صدقة أو وصية. حتى لو كان أحدهما في ملكه والآخر في ملك ولده الصغير فلا بأس أن يبيع أحدهما دون الآخر. وكذا لو كان له ولدان صغيران أحد المملوكين في ملك أحدهما والآخر في ملك الآخر لا بأس للأب أن يبيع أحدهما لأن الكراهة في التفريق أن يكونا في ملك واحد وإن لم يجمعهما ملك مالك واحد لا يقع البيع تفريقاً لأنهما كانا متفرقين قبل البيع. وكذا إذا كان أحدهما في ملكه والآخر في ملك مكاتبه لأنهما لم يجتمعا في ملك شخص واحد لأن المكاتب فيما يرجع إلى الكسب ملحق بالأحرار فاختلف المالك.

وإن كان أحدهما في ملكه والآخر في ملك عبده المأذون. فإن كان عليه دين مستغرق فلا بأس للمولى أن يبيع العبد الذي عنده.

فأما على أصل أبي حنيفة فظاهر لأن المولى لا يملك كسب المأذون المديون فلم يوجد بالاجتماع في ملك مالك واحد وعندهما، وإن كان يملكه لكنه ملك تعلق به حق الغرماء فكان كالأجنبي عنه فلم يوجد الاجتماع معنى. وإن لم يكن عليه دين يكره للمولى أن يبيع أحدهما لوجود الاجتماع في ملك شخص واحد. ولو كان أحدهما في ملكه والآخر في ملك مضاربه فلا بأس بالتفريق لأن مال المضارب وإن لم يكن ملك المضارب لكن له حق قوي فيه حتى جاز بيع المضارب من رب المال وبيع رب المال من المضارب استحساناً فكان رب المال بمنزلة الأجنبي فلم يوجد الاجتماع في ملك رجل واحد.

وعلى هذا يخرج ما إذا باع جارية كبيرة على أنه بالخيار فيها ثلاثة أيام ثم ملك ولدها الصغير في مدة الخيار إنه يكره إيجاب البيع في الجارية بالإجازة أو بالترك حتى تمضي المدة بل يفسخ البيع حتى لا يحصل التفريق، لأن خيار البائع يمنع زوال السلعة عن ملكه فكانت الجارية على ملكه، فإذا ملك ولدها الصغير فقد

---

(١) انظر الحديث قبل السابق.

اجتمعا في ملك شخص واحد فكانت الإجازة تفريقاً فيكره. ولو باع الجارية على أن المشتري بالخيار ثلاثة أيام ثم ملك البائع ولدها الصغير في المدة فلا بأس للمشتري أن يجيز البيع أو يفسخ، لأن الجارية خرجت عن ملك البائع بلا خلاف، لأن خيار المشتري لا يمنع خروج السلعة عن ملك البائع بلا خلاف بين أصحابنا، وإنما الخلاف في دخولها في ملك المشتري فلم يجتمع المملوكان في ملك شخص واحد فلم تكن الإجازة تفريقاً.

ولو كان الخيار للمشتري ولها ابن عند المشتري لا تكره الإجازة بلا إشكال لأن الإجازة لا تكون تفريقاً بل تكون جمعاً.

وأما الفسخ فكذلك لا يكره أيضاً.

أما على أصل أبي حنيفة رحمه الله: فلا يشكل أيضاً لأن الجارية لم تدخل في ملك المشتري، لأن خيار المشتري/ يمنع دخول السلعة في ملكه على أصله فلم يقع الفسخ تفريقاً لانعدام الاجتماع في ملكه.

وأما عندهما: فالجارية وإن دخلت في ملكه لكن الفسخ حقه فالإجبار على الإجازة إبطال لحقه وهذا لا يجوز فكان له أن يفسخ والله أعلم.

ومنها: أن يملكها على الكمال، فإن ملك من كل واحد منهما شقصاً منه لم يكره أن يبيع نصيبه من أحدهما دون الآخر، لأن البيع ههنا لا يقع تفريقاً مطلقاً لحصول التفريق قبله من وجه، فلا يدخل تحت النهي عن التفريق على الإطلاق.

ومنها: أن يكون كل واحد منهما محلاً للبيع عند البيع، فإن خرج أحدهما عن محلية البيع بالتدبير أو الاستيلاد فلا بأس من بيع الآخر، وإن كان فيه تفريق لأنه تعذر عليه بيعهما جميعاً؛ فلو منع عن بيع الآخر لتضرر به المالك وكراهة التفريق شرعاً لدفع ضرر زائد فلا يجوز دفعه بإلحاق ضرر فوقه بالمالك.

ومنها: أن لا يتعلق بأحدهما حق فإن تعلق بأن لحق أحدهما دين بأن استهلك مال إنسان أو جنى جناية على بني آدم أو اشتراهما رجل فوجد بأحدهما عيباً لم يكره التفريق بل يباع بالدين ويدفع بالجناية ويرد بالعيب، لأن في المنع من التفريق دفع ضرر زائد بضرر أقوى منه وهو إبطال الحق وهذا لا يجوز.

وروي عن أبي حنيفة رحمه الله: إنه إذا جنى أحدهما يستحب للمالك أن يفدي لما فيه من مراعاة الحقين ودفع الضرر من الجانبين وأنه حسن عقلاً وشرعاً.

وروي عن أبي يوسف أنه إذا اشتراهما رجل فوجد بأحدهما عيباً يردهما جميعاً أو يمسكهما وليس له أن يرد المعيب خاصة، لأن رده خاصة تفريق وإنه إضرار، فصار كما إذا اشترى مصراعي باب أو زوجي خف أو نعل ثم وجد بأحدهما عيباً إنه ليس له أن يرد المعيب خاصة/ لكونه إضراراً بالبائع خاصة. كذا هذا.

ومنها: أن يكون مالكهما مسلماً فإن كان كافراً لا يكره التفريق، وسواء كان المالك حراً أو مكاتباً أو مأذوناً عليه دين أو لا دين عليه، صغيراً أو كبيراً وسواء كان المملوكان مسلمين أو كافرين.

أو أحدهما مسلماً والآخر كافراً، لأن ما ذكرنا من الدلائل الموجبة لكراهة التفريق من النصوص والمعقول لا يوجب الفصل.

ولو دخل حربي دار الإسلام بأمان ومعه عبدان صغيران، أو أحدهما صغير والآخر كبير وهما ذوا رحم محرم، أو اشتراهما في دار الإسلام من صاحبه الذي دخل معه بأمان فأراد أن يبيع أحدهما فلا بأس للمسلم أن يشتريه، ولو اشتراهما من مسلم في دار الإسلام أو ذمي أو حربي دخل بأمان من ولاية أخرى لا من ولايته يكره للمسلم أن يشتري أحدهما.

ووجه الفرق: أن الضرورة دفعت الكراهة في الفصل الأول، لأنه لو لم يشترى لأدخلهما في دار الحرب فيصير عوناً لهم على المسلمين، وهذه الضرورة تنعدم في هذا الفصل لأنه يجبر على بيعهما ولا يمكن من إلحاقهما بدار الحرب فلم تتحقق الضرورة.

ومنها: أن لا يرضيا بالتفريق فإن رضيا لا يكره بأن كان الصبي مراهقاً ورضي بالبيع ورضيت أمه فبيع برضاهما، لأن كراهة التفريق لمكان الضرر، فإذا رضيا به علم أنه لا ضرر فلا يكره والله سبحانه وتعالى أعلم.

هذا إذا اجتمع مع الصغير في ملك شخص واحد قريب واحد هو ذو رحم محرم منه، فأما إذا كان معه عدد من الأقارب كل واحد ذو رحم محرم من الصغير فلا يخلو إما إن كانا أبوين أو غيرهما من ذوي الأرحام، فإن كانا أبوين يكره، التفريق بينه وبين أحدهما بلا خلاف، وإن كانا ممن سواهما من ذوي الرحم المحرم، فأما إن كان أحدهما أقرب من الصغير والآخر أبعد منه، وإما إن كانا في القرب منه على السواء، فإن كان أحدهما أقرب لا بأس بالتفريق بين الصغير وبين الأبعد منهما، لأن شفقة الأقرب تغني عن شفقة الأبعد فلم يكن التفريق إضراراً بالصغير سواء اتفقت قرابة الكبيرين كالأب مع الجد والأم مع الجدة أو الخالة أو الخال أو/ اختلفت كالأم مع العمة أو العم. [أ/١١٣/م]

وروي عن أبي يوسف: أنه يكره التفريق بينه وبين أحدهما كيف ما كان، لأن كل واحد منهما له شفقة على الصغير وتزول بالتفريق وإن كان الكبيران في القرب من الصغير شرعاً سواء ينظر إن اتفقت جهة قرابتهما كالعمتين والخالتين والأخوين لأب وأم أو لأب أو لأم فالقياس أن يكره التفريق بين الصغير وبين أحدهما، وكذا روي عن أبي يوسف، وفي الاستحسان لا يكره إذا بقي مع الصغير قريب واحد، لأن لكل واحد منهما شفقة على حدة على الصغير فلا تقوم شفقة أحدهما مقام الآخر، وكذا قد يختص أحدهما بزيادة شفقة ليست في الآخر فكان التفريق إضراراً بتفويت شفقته من حيث الأصل أو من حيث القدر فيكره.

وجه الاستحسان: أن كراهة التفريق للإضرار بالصغير بتفويت النظر، وعند اتحاد جهة القرابة والتساوي في القرب من الصغير كان معنى النظر حاصلاً ببقاء أحدهما، بخلاف ما إذا اختلفت الجهة، لأن عند اختلاف جهة القرابة تختلف الشفقة فيحصل من كل واحد منهما ما لا يحصل بالآخر فكان التفريق إضراراً، وكذلك لو ملك ستة أخوة أو ستة أخوات ثلاثة منهم كبار، وثلاثة صغار لا بأس ببيع كل صغير مع كل كبير لما قلنا.

ولو كان مع الصغير أبوان حكماً بأن ادعياه حتى ثبت نسبه منهما، ثم اجتمعوا في ملك شخص واحد فالقياس أن لا يكره بيع أحدهما لاتحاد جهة القرابة وهي قرابة الأبوة كالعمين والخالين ونحو ذلك.

وفي الاستحسان: يكره لأن أباه أحدهما حقيقة فكان الثابت قرابة أحدهما حقيقة إلا أنا حكمنا بثبات نسبه منهما لاستوائهما في الدعوة ولكن الأب في الحقيقة أحدهما، فلو باع أحدهما لاحتمل أنه باع الأب فيتحقق التفريق، بخلاف ماإذا كان للصغير أب وأم حيث يكره بيع أحدهما لأن قرابة كل واحد منهما متحققة فكان البيع تفريقاً بين الصغير وبين أحد أبويه بيقين فيكره.

[ب/١١٣/م] وإن اختلفت جهة قرابة الكبيرين كالعمة مع الخالة والعم مع الخال والأخ لأب مع الأخ لأم وما أشبه/ ذلك يكره التفريق لأن من يدلي بقرابة الأب إلى الصغير يقوم مقام الأب والذي يدلي إليه بقرابة الأم يقوم مقام الأم فصار كما لو كان مع الصغير أباً وأماً.

ولو كان كذلك يكره التفريق كذا هذا، امرأة سبيت وفي حجرها بنت صغيرة وقعتا في سهم رجل واحد والمرأة تزعم أنها بنتها يكره التفريق بينهما، وإن كان لا يثبت نسبها بمجرد دعواها في سائر الأحكام لأن الأخبار في كراهة التفريق وردت في حق السبايا ولا يظهر كون الصغير ولد المسبية إلا بقولها فيدل على قبـول قولها في حق كراهة التفريق، ولأن هذا من باب الديانة وقول المرأة الواحدة في الديانات مقبول خصوصاً فيما يسلك فيه طريق الاحتياط.

ولو كبرت الصغيرة في يد السابي وقد كان وطىء الكبيرة ولم يعلم من المرأة المسبية إرضاع الصغيرة لا ينبغي له أن يقرب البنت، وإن لم يثبت نسبها منها لدعوتها لاحتمال أنها بنتها من النسب أو الرضاع فلا يقربها احتياطاً، ولكن لا يمنع من قربانها في الحكم، لأن قول المرأة الواحدة في حقوق العباد غير مقبول، وإن لم تكن الصغيرة في حجرها وقت السبي فلا بأس بالتفريق والجمع بينهما في الوطء لأنه إذا لم تكن في حجرها عند السبي فلا دليل على كونها ولداً لها في حق الحكم فلا يقبل قولها أصلاً.

ولو ادعى رجل من السبايا صغيراً أو صغيرة أنه ولده قبل قوله، ويثبت نسبه منه سواء كان قبل الإحراز بدار الإسلام أو بعده بعد أن يكون قبل القسمة أو قبل الدخول في ملك خاص بالبيع وغيره، لأن دعوى الرجل صحيحة، ألا ترى أنه يثبت نسبه منه فيظهر في حق كراهة التفريق سواء كان الولد وقت السبي في يده أو لم يكن بخلاف دعوة المرأة.

وكذلك لو ادعت المرأة أن الولد معها من هذا الرجل وهو زوجها وصدقها تثبت بينهما الزوجية بتصادقهما ويثبت نسب الولد منهما ويكره التفريق بين الصغير وبين أحدهما لأنه ولدهما بإقرارهما.

[أ/١١٤/م] ولو ادعى واحد من الغانمين ولداً صغيراً من السبي أنه ولده قبل القسمة أو البيع صحت/ دعوته ويكون ولده، ثم ينظر إن كان معه علامة الإسلام كان مسلماً ولا يسترق، وإن لم يكن معه علامة الإسلام يثبت نسبه من المدعي ولكنه يسترق لأن دعوته، وإن صحت في حق ثبات النسب واستندت إلى وقت العلوق لكنها لم تصح ولم تستند في حق الاسترقاق لأن فيه إبطال حق الغانمين فلا يصدق في إبطال حق الغير.

ويجوز أن يصدق الإنسان في إقراره في حق نفسه، ولا يصدق في حق غيره إذا تضمن إبطال حق الغير كمن أقر بحرية عبد إنسان، ثم اشتراه صح الشراء وعتق عليه.

وكذا لو اشتراه ثم أقر بحريته صح إقراره في حقه حتى يعتق عليه ولا يصح في حق بائعه حتى لم يكن له أن يرجع بالثمن على بائعه ولهذا نظائر، والله عز وجل أعلم.

فصل: وأما ما يحصل به التفريق فهو التمليك بالبيع لأنه تنقطع به منفعة الأنس والشفقة، وكذا القسمة في الميراث والغنائم، لأن القسمة لا تخلو عن معنى التمليك خصوصاً فيما لا مثل له فيحصل بها التفريق فيكره ولا بأس أن يعتق أحدهما أو يكاتبه، لأن الإعتاق ليس بتمليك بل هو إزالة الملك أو إنهاؤه فلا يتحقق به التفريق، لأنه إذا أعتق يمكنه الاستئناس بصاحبه والإحسان إليه فلم يكن الإعتاق تفريقاً، وكذلك الكتابة لأن المكاتب حر يداً فلا تنقطع بها منفعة الإنس ونحو ذلك فلا يكون تفريقاً والله عز وجل أعلم.

ولئن كان تفريقاً فيقع الإعتاق فوق ضرر التفريق فلا يكون ضرراً معنى ولو باع أحدهما نسمة للعتق يكره عند أبي حنيفة، وعند محمد لا يكره.

وجه قوله: أن الوفاء بالوعد من مكارم الأخلاق فالظاهر من حالة المشتري إنجاز ما وعد فيخرج التفريق من أن يكون ضرراً لأنه يقابله نفع أعظم منه وهو العتق.

وجه قول أبي حنيفة عليه الرحمة: أن العتق ليس بمشروط في البيع، ولو كان مشروطاً لأوجب فساد البيع فبقي قصد الإعتاق وتنفيذ هذا القصد ليس بلازم فبقي البيع تفريقاً فيكره حتى لو كان قال المشتري إن اشتريته فهو حر ثم اشتراه قالوا لا يكره بالإجماع، لأنه يعتق بعد الشراء لا محالة فيخرج البيع/ [ب/١١٤/م] من أن يكون ضرراً.

فصل: وأما صفة البيع الذي يحصل به التفريق أنه جائز أم لا، فقد اختلف العلماء فيه، فقال أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله: البيع جائز مفيد للحكم بنفسه لكنه مكروه والبائع بالتفريق آثم.

وقال أبو يوسف رحمه الله: البيع فاسد في الوالدين والمولودين، وفي سائر ذوي الأرحام جائز.

وقال الشافعي: البيع باطل في الكل[1].

واحتج بما روينا من الأحاديث الواردة للنهي عن التفريق وما يجري مجرى النهي والبيع تفريق فكان منهي والنهي لا يصلح سبباً لثبوت الملك كسائر البياعات التي ورد النهي عنها على أصله. فأبو يوسف إنما خص البيع في الوالدين والمولودين بالفساد لورود الشرع بتغليظ الوعيد بالتفريق فيهم وهو ما روينا. ولهما أن قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾[2] ونحوه من نصوص البيع يقتضي شرعية البيع على العموم والإطلاق، فمن ادعى التخصيص أو التقييد فعليه الدليل.

---

(١) قال الشافعي في «الأم» (٤/ ٢٧٤) فأما الأخوان فيفرق بينهما فإن قال قائل فكيف فرقتم بين الأخوين ولم تفرقوا بين الولد وأمه؟ قيل السنة في الأم وولدها... إلخ.

(٢) سورة البقرة، الآية: (٢٧٥).

وأما الأحاديث فهي محمولة على النهي عن غير البيع وهو الإضرار فلا يخرج البيع عن أن يكون مشروعاً كالنهي عن البيع وقت النداء، وإنما حملناه على غير البيع إما حملاً لخبر الواحد على موافقة الكتاب الكريم، وإما لأن النهي لا يرد عما عرف حسنه عقلاً على ما عرف.

ومنها: البيع وقت النداء ـ وهو أذان الجمعة ـ لقوله تعالى: ﴿**يا أيُّها الذينَ آمنوا إذا نوديَ للصلاة من يوم الجمعةِ فاسعوا إلى ذكرِ الله وذرُوا البيعَ**﴾[1] أمر بترك البيع عند النداء نهياً عن البيع، لكن لغيره وهو ترك السعي، فكان البيع في ذاته مشروعاً جائزاً لكنه يكره لأنه اتصل به غير مشروع وهو ترك السعي.

ومنها: بيع الحاضر للباد، وهو أن يكون لرجل طعام وعلف لا يبيعهما إلا لأهل البادية بثمن غال لما روي عن رسول الله ﷺ أنه قال: «**لا يبيعُ حاضر لبادٍ دَعوا الناسَ يرزقُ اللَّهُ بعضَهُمْ مِنْ بعضٍ**»[2] ولو باع جاز البيع لأن النهي لمعنى في غير البيع وهو الإضرار بأهل المصر فلا يوجب فساد البيع كالبيع وقت النداء. وهذا إذا كان ذلك يضر بأهل البلد بأن كان أهله في قحط من الطعام والعلف، فإن كانوا في خصب وسعة/ [أ/١١٥م] فلا بأس به لانعدام الضرر.

ومنها: بيع متلقي السلع، واختلف في تفسيره.

قال بعضهم: هو أن يسمع خبر قدوم قافلة بميرة عظمة فيتلقاهم الرجل ويشتري جميع ما معهم من الميرة، ويدخل المصر فيبيع على ما يشاء من الثمن، وهذا الشراء مكروه لما روي عن رسول الله ﷺ أنه قال: «**لا تَتلقوا السلع حَتى تبسطَ الأسواقُ**»[3] وهذا إذا كان يضر بأهل البلد بأن كان أهله في جدب وقحط فإن كان لا يضرهم لا بأس.

وقال بعضهم تفسيره: هو أن يتلقاهم فيشتري منهم بأرخص من سعر البلد وهم لا يعلمون سعر البلد، وهذا أيضاً مكروه، سواء تضرر به أهل البلد أم لا، لأنه غرهم والشراء جائز في الصورتين جميعاً، لأن البيع مشروع في ذاته والنهي في غيره، وهو الإضرار بالعامة على التفسير الأول، وتغرير أصحاب السلع على التفسير الثاني.

ومنها: بيع المستام على سوم أخيه، وهو أن يساوم الرجلان فطلب البائع بسلعته ثمناً ورضي المشتري بذلك الثمن فجاء مشترٍ آخر ودخل على سوم الأول فاشتراه بزيادة أو بذلك الثمن، لما روي عن رسول

---

(١) سورة الجمعة، الآية: (٩).

(٢) أخرجه الشافعي في «المسند» (٢/١٤٧) وأحمد في «مسنده» (٢/٣٠٧) ومسلم في «صحيحه» في البيوع، باب تحريم بيع الحاضر للبادي برقم (١٥١٥) و (١٥٢٢). وأبو داود في «سننه» في البيوع، باب في النهي أن يبيع حاضر لباد برقم (٣٤٤٢).
والترمذي في «جامعه» في البيوع، باب ما جاء لا يبيع حاضر لباد برقم (١٢٢٣) وقال: حسن صحيح.
والنسائي في «المجتبى» (٧/٢٥٦) في البيوع، باب بيع الحاضر للبادي.
وابن ماجة في «سننه» في التجارات، باب النهي أن يبيع حاضر لباد برقم (٢١٧٦) وغيرهم عن جابر رضي الله عنه.

(٣) أخرجه أحمد في «المسند» (٢/٦٣) والبخاري في «صحيحه» في البيوع، باب النهي عن تلقي الركبان برقم (٢١٦٥). ومسلم في «صحيحه» في البيوع، باب تحريم تلقي الجلب برقم (١٥١٧). وأبو داود في «سننه» في البيوع، باب التلقي برقم (٢٨٣٦)، والنسائي في «المجتبى» (٧/٢٥٧) وابن ماجة في «سننه» برقم (٢١٧٩).

الله ﷺ أنه قال: «**لا يسْتَامُ الرجلُ على سَومِ أخيهِ ولا يخطبُ على خِطبة أخيهِ**»[١] وروي لا يسوم الرجل على سوم أخيه. والنهي لمعنى في غير البيع وهو الإيذاء فكان نفس البيع مشروعاً فيجوز شراؤه ولكنه يكره. وهذا إذا جنح البائع للبيع بالثمن الذي طلبه المشتري الأول، فإن كان لم يجنح له فلا بأس للثاني أن يشتريه، لأن هذا ليس استياماً على سوم أخيه فلا يدخل تحت النهي ولانعدام معنى الإيذاء أيضاً بل هو بيع من يزيد وإنه ليس بمكروه، لما روي أن رسول الله ﷺ باع قدحاً وحلساً له ببيع من يزيد وما كان رسول الله ﷺ ليبيع بيعاً مكروهاً. وكذا في النكاح إذا خطب رجل امرأة وركن قلبها إليه يكره لغيره أن يخطبها لما روينا وإن لم يركن فلا بأس به.

ومنها بيع السلاح من أهل الفتنة وفي عساكرهم، لأن بيعه منهم من باب الإعانة على الإثم والعدوان وإنه منهي/، ولا يكره بيع ما يتخذ منه السلاح منهم كالحديد وغيره لأنه ليس معداً للقتال فلا يتحقق معنى الإعانة. [ب/١١٥م]

ونظيره بيع الخشب الذي يصلح لاتخاذ المزمار، فإنه لا يكره وإن كره بيع المزامير.

وأما ما يكره مما يتصل بالبيوع، فمنها الاحتكار وقد ذكرنا جملة الكلام فيه في باب الكراهية وإلحاقه بهذا الموضع أولى.

ومنها: النجش: وهو أن يمدح السلعة ويطلبها بثمن ثم لا يشتريه بنفسه ولكن ليسمع غيره فيزيد في ثمنه، وإنه مكروه لما روي عن رسول الله ﷺ: «**أنه نَهى عَنِ النَّجَشِ**»[٢] ولأنه احتيال للإضرار بأخيه المسلم، وهذا إذا كان المشتري يطلب السلعة من صاحبها بمثل ثمنها، فأما إذا كان يطلبها بأقل من ثمنها فنجش رجل سلعة حتى تبلغ إلى ثمنها فهذا ليس بمكروه وإن كان الناجش لا يريد شراءها، والله عز وجل أعلم.

فصل: وأما حكم البيع فلا يمكن الوقوف عليه إلا بعد الوقوف على تسمية البياعات في حق الحكم فنقول وبالله التوفيق:

---

(١) أخرجه مالك في «**الموطأ**» (٢/ ٥٢٣) في النكاح و (٢/ ٩٠٠) في العذر.
والشافعي في «**الرسالة**» صفحة (٣٠٧). وأحمد في «**المسند**» (٢/ ٤٢٧) والبخاري في «**صحيحه**» في البيوع، باب لا يبيع على بيع أخيه برقم (٢١٤٠) وفي الشروط، باب ما لا يجوز من الشروط في النكاح برقم (٢٧٢٣).
ومسلم في «**صحيحه**» في النكاح، باب تحريم الخطبة على خطبة أخيه حتى يأذن أو يترك برقم (١٤١٣).
وأبو داود في «**سننه**» في النكاح، باب في كراهية أن يخطب الرجل على خطبة أخيه برقم (٢٠٨٠).
والترمذي في «**جامعه**» في النكاح برقم (١١٣٤).
والنسائي في «**المجتبى من السنن**» (٦/ ٧١ ـ ٧٢ و٧٣) في النكاح و (٧/ ٤٥٨) في البيوع.
وابن ماجة في «**سننه**» في التجارات، باب لا يبيع الرجل على بيع أخيه برقم (٢١٧٢).

(٢) أخرجه مالك في «**الموطأ**» (٢/ ٦٨٤) في البيوع، باب ما ينهى عنه من المساومة والمبايعة.
وأحمد في «**المسند**» (٢/ ٦٣ و١٠٨ و١٥٦) والشافعي في «**مسنده**» (٢/ ١٤٥).
والبخاري في «**صحيحه**» في البيوع، باب النجش برقم (٢١٤٢) وفي الحيل، باب ما يكره من التنافس برقم (٦٩٦٣).
ومسلم في «**صحيحه**» في البيوع، باب تحريم بيع الرجل على بيع أخيه وتحريم النجش برقم (١٥١٦).
والنسائي في «**المجتبى**» (٧/ ٢٥٨) في البيوع، باب النجش.
وابن ماجة في «**سننه**» في التجارات، باب ما جاء في النهي عن النجش برقم (٢١٧٣) عن ابن عمر رضي الله عنهما مرفوعاً.

البيع في حق الحكم لا يخلو إما أن يكون صحيحاً وإما أن يكون فاسداً وإما أن يكون باطلاً وإما أن يكون موقوفاً، والصحيح لا يخلو إما أن يكون فيه خيار أو لا خيار فيه.

أما البيع الصحيح الذي لا خيار فيه فله أحكام لكن بعضها أصل وبعضها من التوابع.

أما الحكم الأصلي فالكلام فيه في موضعين: في بيان أصل الحكم وفي بيان صفته. أما الأول فهو ثبوت الملك للمشتري في المبيع وللبائع في الثمن للحال فلا بد من معرفة المبيع والثمن لمعرفة حكم البيع والأحكام المتعلقة بهما، فيقع الكلام في موضعين:

أحدهما: في تفسير المبيع والثمن.

والثاني: في بيان الأحكام المتعلقة بهما أما الأول فنقول ولا قوة إلا بالله تعالى.

المبيع والثمن على أصل أصحابنا من الأسماء المتباينة الواقعة على معانٍ مختلفة فالمبيع في الأصل اسم لما يتعين بالتعيين، والثمن في الأصل ما لا يتعين بالتعيين وإن احتمل تغير هذا الأصل بعارض بأن يكون ما لا يحتمل التعيين مبيعاً كالمسلم فيه وما يحتمله ثمناً، / كرأس مال السلم إذا كان عيناً على ما نذكره إن شاء الله تعالى. [١١٦/أ م]

وأما على أصل زفر رحمه الله وهو قول الشافعي رحمه الله فالمبيع والثمن من الأسماء المترادفة الواقعة على مسمى واحد، وإنما يتميز أحدهما عن الآخر في الأحكام بحرف الباء.

وإذا عرف هذا فالدراهم والدنانير على أصل أصحابنا أثمان لا تتعين في عقود المعاوضات في حق الاستحقاق وإن عينت، حتى لو قال بعت منك هذا الثوب بهذه الدراهم أو بهذه الدنانير كان للمشتري أن يمسك المشار إليه ويرد مثله ولكنها تتعين في حق ضمان الجنس والنوع والصفة والقدر حتى يجب عليه رد مثل المشار إليه جنساً ونوعاً وقدراً وصفة. ولو هلك المشار إليه لا يبطل العقد وعلى أصلهما يتعين حتى يستحق البائع على المشتري الدراهم المشار إليها كما في سائر الأعيان المشار إليها، ولو هلك قبل القبض يبطل العقد، كما لو هلك سائر الأعيان وجه قولهما أن المبيع والثمن يستعملان استعمالاً واحداً، قال الله تعالى: ﴿وَلَا تَشْتَرُوا بِآيَاتِي ثَمَناً قَلِيلاً﴾[١] سمى سبحانه وتعالى المشترى وهو المبيع ثمناً، دل على أن الثمن مبيع والمبيع ثمن، ولهذا جاز أن يذكر الشراء بمعنى البيع. يقال شريت الشيء بمعنى بعته.

قال الله تعالى: ﴿وَشَرَوْهُ بِثَمَنٍ بَخْسٍ دَرَاهِمَ﴾[٢] أي وباعوه ولأن ثمن الشيء قيمته وقيمة الشيء ما يقوم مقامه، ولهذا سمي قيمة لقيامه مقام غيره والثمن والمثمن كل واحد منهما يقوم مقام صاحبه، فكان كل واحد منهما ثمناً ومبيعاً دل أنه لا فرق بين الثمن والمبيع في اللغة، والمبيع يحتمل التعين بالتعيين فكذا الثمن، إذ هو مبيع على ما بينا.

ولنا: أن الثمن في اللغة اسم لما في الذمة، هكذا نقل عن الفراء وهو إمام في اللغة. ولأن أحدهما

(١) سورة البقرة، الآية: (٤١).
(٢) سورة يوسف، الآية: (٢٠).

يسمى ثمناً والآخر مبيعاً في عرف اللغة والشرع. واختلاف الأسامي دليل اختلاف المعاني في الأصل. إلا أنه يستعمل أحدهما مكان صاحبه توسعاً لأن كل واحد منهما يقابل صاحبه فيطلق اسم أحدهما على الآخر لوجود معنى المقابلة. كما يسمى جزاء السيئة سيئة وجزاء الاعتداء اعتداء فأما الحقيقة فما ذكرنا. وإذا كان الثمن اسماً لما في الذمة لم يكن محتملاً للتعيين بالإشارة فلم يصح التعيين حقيقة في حق استحقاق العين فجعل كناية عن بيان الجنس المشار إليه / ونوعه وصفته وقدره تصحيحاً لتصرف العاقل بقدر الإمكان ولأن التعيين غير مفيد، لأن كل عوض يطلب من المعين في المعاوضات يمكن استيفاؤه من مثله فلم يكن التعيين في حق [ب/١١٦/م] استحقاق العين مفيداً فيلغو في حقه ويعتبر في بيان حق الجنس والنوع والصفة والقدر، لأن التعيين في حق مفيد ثم الدراهم والدنانير عندنا أثمان على كل حال أي شيء كان في مقابلتها، وسواء دخله حرف الباء فيهما أو فيما يقابلهما لأنها لا تتعين بالتعيين بحال فكانت أثماناً على كل حال.

وأما ما سواهما من الأموال فإن كان مما لا مثل له من العدديات المتفاوتة والذرعيات فهو مبيع على كل حال لأنها تتعين بالتعين، بل لا يجوز بيعها إلا عيناً إلا الثياب الموصوفة المؤجلة سلماً فإنها تثبت ديناً في الذمة مبيعة بطريق السلم استحساناً بخلاف القياس لحاجة الناس إلى السلم فيها، وكذا الموصوف المؤجل فيها لا بطريق السلم يثبت ديناً في الذمة ثمناً استحساناً، وإن كان مما له مثل كالمكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة، فإن كان في مقابلة المكيل أو الموزون دراهم أو دنانير فهو مبيع، وإن كان في مقابلته ما لا مثل له من الأعيان التي ذكرنا فإنه ينظر إن كان المكيل أو الموزون معيناً فهو مبيع وإن لم يكن معيناً يحكم فيه حرف الباء فما دخله فهو ثمن والآخر مبيع، وإن كان أحدهما معيناً والآخر موصوفًا أو كان كل واحد منهما موصوفاً فإنه يحكم فيه حرف الباء فما صحبه فهو الثمن والآخر المبيع.

وأما الفلوس الرائجة فإن قوبلت بخلاف جنسها فهي أثمان وكذا إن قوبلت بجنسها متساوية في العدد، وإن قوبلت بجنسها متفاضلة في العدد فهي مبيعة عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وعند محمد: هي أثمان على كل حال والله عز وجل أعلم.

وأما بيان ما يتعلق بهما من الأحكام، فمنها: أنه لا يجوز التصرف في المبيع المنقول قبل القبض بالإجماع، وفي العقار اختلاف، ويجوز التصرف في الأثمان قبل القبض إلا الصرف والسلم.

وقال الشافعي رحمه الله: إن كان الثمن عيناً لا يجوز التصرف فيها قبل القبض، وهذا على أصله مستقيم، لأن الثمن والمبيع عنده من الأسماء المترادفة الواقعة على مسمى واحد، فكان كل واحد/ منهما [أ/١١٧/م] مبيعاً ولا يجوز بيع المبيع قبل القبض، وإن كان ديناً فله فيه قولان: في قول لا يجوز أيضاً لما روي عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه نهى عن بيع ما لم يقبض فيتناول العين والدين. ولنا ما روي عن عبد الله بن سيدنا عمر رضي الله عنهما أنه قال: «**يا رسول الله إنا نبيع الإبل بالبقيع ونأخذ مكان الدراهم الدنانير ومكان الدنانير الدراهم؟**» فقال عليه الصلاة والسلام: «**لا بَأْسَ إذَا كانَ بِسِعْرِ يَوْمِهِمَا وافترقتُما ولَيْسَ بَيْنَكُما شَيْءٌ**»[1] وهذا

---

(١) أخرجه أبو داود الطيالسي برقم (١٨٦٨) وأحمد في «المسند» (٢/ ٨٣ ـ ٨٤ و ١٣٩) وأبو داود في «سننه» في البيوع، باب اقتضاء الذهب من الورق برقم (٣٣٥٤).

=

نص على جواز الاستبدال من ثمن المبيع، ولأن قبض الدين بقبض العين، لأن قبض نفس الدين لا يتصور لأنه عبارة عن مال حكمي في الذمة أو عبارة عن الفعل وكل ذلك لا يتصور فيه قبضه حقيقة فكان قبضه بقبض بدله وهو قبض الدين فتصير العين المقبوضة مضمونة على القابض وفي ذمة المقبوض منه مثلها في المالية فيلتقيان قصاصاً. هذا هو طريق قبض الديون؛ وهذا المعنى لا يوجب الفصل بين أن يكون المقبوض من جنس ما عليه أو من خلاف جنسه لأن المقاصة إنما تتحقق بالمعنى وهو المالية والأموال كلها في معنى المالية جنس واحد، وبه تبين أن المراد من الحديث العين لا الدين، لأن النهي عن بيع ما لم يقبض يقتضي أن يكون المبيع شيئاً يحتمل القبض، ونفس الدين لا يحتمل القبض على ما بينا فلا يتناوله النهي بخلاف السلم والصرف.

أما الصرف: فلأن كل واحد من بدلي الصرف مبيع من وجه وثمن من وجه لأن البيع لا بد له من مبيع إذ هو من الأسماء الإضافية وليس أحدهما بجعله مبيعاً أولى من الآخر، فيجعل كل واحد منهما مبيعاً من وجه وثمناً من وجه، فمن حيث هو ثمن يجوز التصرف فيه قبل القبض كسائر الأثمان ومن حيث هو مبيع لا يجوز فرجحنا جانب الحرمة احتياطاً. وأما المسلم فيه فلأنه مبيع بالنص والاستبدال بالمبيع المنقول قبل القبض لا يجوز ورأس المال ألحق بالمبيع العين في حق حرمة الاستبدال شرعاً فمن ادعى الإلحاق في سائر الأموال فعليه الدليل وكذا يجوز التصرف في القرض قبل القبض.

[ب/١١٧/م] وذكر الطحاوي رحمه الله: أنه لا يجوز/ وفرق بين القرض وسائر الديون.

ووجه الفرق له: أن الإقراض إعارة لا مبادلة، ألا ترى أنه لا يلزم الأجل فيه كما في العارية، ولو كان مبادلة للزم فيه الأجل، وكذا لا يملكه الأب والوصي والمكاتب والمأذون وهؤلاء يملكون المبادلة، ولأنه لو جعل مبادلة لما جاز لأنه يتمكن فيه الربا وهو فضل العين على الدين دل أنه إعارة والواجب في العارية رد العين وأنه لا يحصل بالاستبدال.

وجه ظاهر الرواية: إن الإقراض في الحقيقة مبادلة الشيء بمثله فإن الواجب على المستقرض مثل ما استقرض ديناً في ذمته لا عينه فكان محتملاً للاستبدال كسائر الديون، ولهذا اختص جوازه بما له مثل من المكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة دل أن الواجب على المستقرض تسليم مثل ما استقرض لا تسليم عينه إلا أنه أقيم تسليم المثل فيه مقام تسليم العين كأنه انتفع بالعين مدة ثم ردها إليه فأشبه دين الاستهلاك وغيره والله عز وجل أعلم.

ومنها: أنه لا يجوز بيع ما ليس عند البائع إلا السلم خاصة لما روي: «أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع ما ليس عند الإنسان ورَخّص في السَّلم»[1] ويجوز الشراء بثمن ليس عند المشتري لما روي «أن النبي ﷺ

= والترمذي في «جامعه» في البيوع، باب ما جاء في الصرف برقم (١٢٤٢) والنسائي في «المجتبى» (٧/ ٢٨١ ـ ٢٨٢) في البيوع، باب بيع الفضة بالذهب وابن ماجة في «سننه» في التجارات، باب اقتضاء الذهب من الورق والورق من الذهب برقم (٢٢٦٢).

والحاكم في «المستدرك» (٢/ ٤٤) والبيهقي في «السنن الكبرى» (٥/ ٢٨٤ و٣١٥).

(١) تقدم.

اشترى مِن يهودِي طعاماً بثمنٍ ليسَ عِنْدَه ورهنَه درعَه»[1].

وعلى هذا يخرج ما إذا قال اشتريت منك هذه الحنطة بدرهم أو دينـار إلى شهر أو قال اشتريت منك درهماً أو دينار إلى شهر بهذه الحنطة أنه يجوز لما ذكرنا أن الدراهم والدنانير أثمان على كل حال فكان ما يقابلها مبيعاً فيكون مشترياً بثمن ليس عنده وأنه جائز.

ولو قال: بعت منك قفيز حنطة بهذا الدرهم أو بهذا الدينار ووصف الحنطة لكنه لم يذكر شرائط السلم، أو قال بعت منك هذا الدرهم أو هذا الدينار بقفيز من حنطة ووصفها ولم يذكر شرائط السلم لا يجوز، لأن الدراهم والدنانير أثمان بأي شيء قوبلت فكان ما في مقابلتها مبيعاً فيكون بائعاً ما ليس عنده.

ولا يجوز بيع ما ليس عند الإنسان إلا السلم خاصة ولم يذكر شرائط السلم فلو ذكر في هذا البيع شرائط السلم جاز عند أصحابنا الثلاثة، وإن لم يذكر لفظ السلم، وعند زفر لا يجوز مـا لـم يذكر لفظ السلم، والصحيح قولنا لما/ ذكرنا أن السلم نوع بيع إلا أنه بيع اختص بشرائط فإذا أتى بها فقد أتى بالسلم، [أ/١١٨/م] وإن لم يتلفظ به، ولو تصارفا ديناراً بدينار أو عشرة دراهم بعشرة دراهم أو ديناراً بعشرة بغير أعيانها وليس عندهما شيء من ذلك فاستقرضا في المجلس ثم تقابضا وافترقا جاز، لأن الدراهم والدنانير أثمان على كل حال فكان كل واحد منهما مشترياً بثمن ليس عنده لا بائعاً وأنه جائز إلا أنه لا بد من التقابض لأنه صرف.

ولو تبايعا تبراً بتبر بغير أعيانهما وليس عندهما شيء من ذلك ثم استقرضا قبل الافتراق فتقابضا ثم افترقا ففيه روايتان: ذكر في الصرف أنه يجوز وجعله بمنزلة الدراهم والدنانير المضروبة، وذكر في المضاربة وجعله بمنزلة العروض حيث قال: لا تجوز المضاربة، فعلى هذه الرواية لا يجوز البيع، ويحتمل أن يوفق بين الروايتين بأن تحمل رواية كتاب الصرف على موضع يروج التبر فيه رواج الدراهم والدنانير المضروبة، ورواية كتاب المضاربة على موضع لا يروج رواجها.

وعلى هذا يخرج ما إذا قال بعت منك هذا العبد بكذا كر حنطة ووصفها أنه يجوز لأنه جعل الحنطة الموصوفة ثمناً حيث أدخل فيها حرف الباء فيكون الآخر مبيعاً فكان هذا بيع العبد بحنطة موصوفة في الذمة فيجوز.

ولو قال: اشتريت منك كذا كر حنطة ووصفها بهذا العبد لا يجوز إلا بطريق السلم لأنه جعل العبد ثمناً بدلالة حرف الباء فكانت الحنطة مبيعة فكان بائعاً ما ليس عنده فلا يجوز إلا بشرائط السلم من الأجل، وبيان مكان الإيفاء وقبض رأس المال ونحو ذلك عندنا، وعند زفر لا يجوز ما لم يذكر لفظ السلم على ما مر.

وعلى هذا يخرج ما إذا قال: بعت منك هذه الحنطة على أنها قفيز بقفيز حنطة ووصفها، أو قال بعت

(1) أحمد (٣/٢٣٨) في «المسند» والبخاري في «صحيحه» في البيوع، باب شراء النبي ﷺ بالنسيئة برقم (٢٠٦٩) وفي الرهن، باب في الرهن في الحضر برقم (٢٥٠٨).
والترمذي في «جامعه» في البيوع، باب ما جاء في الرخصة في الشراء إلى أجل برقم (١٢١٥).
والنسائي في «المجتبى» (٧/٢٨٨) في البيوع، باب الرهن في الحضر.
وابن ماجة في «سننه» في الرهون برقم (٢٤٣٧).

منك هذه الحنطة على أنها قفيز بقفيزي شعير ووصفهما أن البيع جائز، لأنه جعل العين منهما مبيعاً والدين الموصوف في الذمة ثمناً بإدخال حرف الباء عليه فيجوز لكن قبض الدين منهما قبل الافتراق شرط لأن من [ب/١١٨/م] شرط جواز البيع أن يكون الافتراق فيه عن عين بعين وذلك بقبض/ الدين منهما لأن الدين لا يتعين إلا بالقبض.

ولو قبض الدين منهما، ثم افترقا عن المجلس قبل قبض العين جاز، لأنهما افترقا عن عين بعين، ولو قال اشتريت منك قفيز حنطة ووصفها بهذا القفيز من الحنطة، أو قال اشتريت منك قفيزي شعير ووصفهما بهذه الحنطة على أنها قفيز لا يجوز، وإن أحضر الموصوف في المجلس، لأنه جعل الموصوف منهما مبيعاً والآخر ثمناً بقرينة حرف الباء فيكون بائعاً ما ليس عنده وبيع ما ليس عند الإنسان لا يكون إلا بطريق السلم ولا سبيل إلى تجويزه سلماً، لأن إسلام المكيل في المكيل لا يجوز.

ولو تبايعا مكيلاً موصوفاً بمكيل موصوف أو موزوناً موصوفًا بموزون موصوف مما يتعين بالتعيين بأن قال بعت منك قفيز حنطة ووصفها بقفيز حنطة ووصفها أو بقفيزي شعير ووصفهما، أو قال بعت منك من سكر ووصفه بمن سكر ووصفه وليس عندهما شيء من ذلك ثم استقرضا وتقابضا ثم افترقا لا يجوز البيع، لأن الذي صحبه منهما حرف الباء يكون ثمناً والآخر مبيعاً فيكون بائعاً ما ليس عنده فلا يجوز إلا سلماً والسلم في مثله لا يجوز لأنه إسلام المكيل في المكيل وإسلام الموزون الذي يتعين في الموزون الذي يتعين وكل ذلك لا يجوز والله عز وجل أعلم.

وعلى هذا يخرج الشراء بالدين ممن عليه الدين شيئاً بعينه أو بغير عينه قبضه أو لم يقبضه، وجملة الكلام فيه أن الدين لا يخلو من أن يكون دراهم أو دنانير أو فلوساً أو مكيلاً أو موزوناً أو قيمة المستهلِك، فإن كان دراهم أو دنانير فاشترى به شيئاً بعينه جاز الشراء وقبض المشتري ليس بشرط لأنه يكون افتراقاً عن عين بدين وأنه جائز فيما لا يتضمن ربا النساء ولا يتضمن ههنا، وكذلك إن كان الدين مكيلاً أو موزوناً أو قيمة المستهلِك لما قلنا.

ولو اشترى بدينه وهو دراهم شيئاً بغير عينه بأن اشترى بها ديناراً أو فلوساً أو هو فلوس فاشترى بها دراهم أو دنانير أو فلوساً جاز الشراء لكن يشترط قبض المشتري في المجلس حتى لا يحصل الافتراق عن دين بدين، لأن المشترى لا يتعين إلا بالقبض.

[أ/١١٩/م] ولو كان دينه دراهم أو دنانير أو فلوساً فاشترى بها مكيلاً موصوفاً أو موزوناً موصوفاً/ أو ثياباً موصوفة مؤجلة لم يجز الشراء لأن الدراهم والدنانير أثمان على كل حال. وكذا الفلوس عند المقابلة بخلاف جنسها فلم تكن مبيعة فكان الآخر مبيعاً بائعاً ما ليس عند الإنسان. ولا يجوز بيع ما ليس عند الإنسان إلا بطريق السلم ولا سبيل إلى تجويزه بطريق السلم، لأن رأس المال دين بخلاف الفصل الأول، لأن كل واحد منهما ثمنٌ فكان مشترياً بثمن ليس عنده وأنه جائز لكن لا بد من التسليم كيلا يكون الافتراق عن دين بدين.

وإن كان الدين مكيلاً أو موزوناً فباعه بدراهم أو بدنانير أو بفلوس أو اشترى هذه الأشياء بدينه جاز لأن الدراهم والدنانير أثمان على كل حال. وكذا الفلوس عند مقابلتها بخلاف جنسها، فكان من عليه الدين

مشترياً بثمن ليس عنده وذلك جائز لكن يشترط القبض في المجلس لئلا يؤدي إلى الافتراق عن دين بدين.

ولو اشترى بالدين الذي هو مكيل أو موزون مكيلاً أو موزوناً من خلاف جنسه ينظر إن جعل الدين منهما مبيعاً والآخر ثمناً بأن أدخل فيه حرف الباء وإن كان بغير عينه جاز لأنه يكون مشترياً بثمن ليس عنده إلا أن القبض في المجلس شرط فلا يكون افتراقاً عن دين بدين. وإن جعل الدين منهما ثمناً بأن أدخل حرف الباء فيه والآخر مبيعاً لم يجز الشراء، وإن أحضر في المجلس لأنه بائع ما ليس عنده، وبيع ما ليس عند الإنسان لا يجوز إلا بطريق السلم، وإذا كان رأس المال ديناً لا يجوز السلم.

وإن كان الدين قيمة المستهلك، فإن كان المستهلك مما له مثل فهذا والأول سواء لأن الواجب باستهلاكه مثله، فإذا اشترى به شيئًا من خلاف جنسه فحكمه ما ذكرنا، وإن كان مما لا مثل له فاشترى به شيئاً بعينه جاز وقبض المشترى ليس بشرط، لأن الواجب باستهلاكه القيمة، والقيمة دراهم أو دنانير فصار مشترياً بدين الدراهم والدنانير شيئاً بعينه فيجوز ولا يشترط قبض المشتري لأنه يحصل الافتراق عن عين بدين ولا بأس به فيما لا يتضمن ربا النساء. ولو اشترى به شيئاً بغير عينه من المكيل أو الموزون ينظر إن جعل ما عليه مبيعاً، وهذا/ ثمناً بأن أدخل عليه حرف الباء يجوز الشراء لأنه اشترى بثمن ليس عنده فيجوز لكن لا بد من القبض في المجلس، وإن جعل ما عليه ثمناً بأن صحبه حرف الباء لا يجوز، وإن أحضر في المجلس لأنه باع ما ليس عند الإنسان فلا يجوز إلا بطريق السلم ولا سبيل إليه لأن رأس ماله دين. ولو وقع الصلح عن المستهلك على الدراهم أو الدنانير وقضى به الحاكم جاز ولا يكون القبض شرطاً لأن هذا ليس شراء بالدين بل هو نفس حقه. ولو صالح على دراهم أو دنانير أكثر من قيمة المستهلك جاز الصلح عند أبي حنيفة. وعند أبي يوسف ومحمد يجوز بقدر القيمة. والفضل على القيمة باطل وهي من مسائل الغصب نذكرها إن شاء الله تعالى. [ب/١١٩/م]

ولو تبايعا عيناً بفلوس بأعيانها بأن قال بعت منك هذا الثوب أو هذه الحنطة بهذه الفلوس جاز ولا يتعين وإن عينت بالإشارة إليها حتى كان للمشتري أن يمسكها ويرد مثلها.

ولو هلكت قبل القبض لا يبطل البيع لأنها وإن لم تكن في الوضع ثمناً فقد صارت ثمناً باصطلاح الناس ومن شأن الثمن أن لا يتعين بالتعيين.

وكذا إذا تبايعا درهماً بعينه أو ديناراً بعينه بفلوس بأعيانها فإنها لا تتعين أيضاً كما لا تتعين الدراهم والدنانير لما قلنا. إلا أن القبض في المجلس ههنا شرط بقاء العقد على الصحة حق لو افترقا من غير تقابض أصلاً يبطل العقد لحصول الافتراق عن دين بدين. ولو لم يوجد القبض إلا من أحد الجانبين دون الآخر فافترقا مضى العقد على الصحة، لأن المقبوض صار عيناً بالقبض فكان افتراقاً عن عين بدين وإنه جائز إذا لم يتضمن ربا النساء ولم يتضمن ههنا لانعدام القدر المتفق والجنس. وكذا إذا تبايعا فلساً بعينه بفلس بعينه فالفلسان لا يتعينان وإن عينا، إلا أن القبض في المجلس شرط حتى يبطل بترك التقابض في المجلس لكونه افتراقاً عن دين بدين.

ولو قبض أحد البدلين في المجلس فافترقا قبل قبض الآخر ذكر الكرخي أنه لا يبطل العقد لأن اشتراط

القبض من الجانبين من خصائص الصرف وهذا ليس بصرف فيكتفى فيه بالقبض من أحد الجانبين لأن به يخرج عن كونه افتراقاً عن دين بدين.

[أ/١٢٠م] وذكر في بعض شروح/ «مختصر الطحاوي» رحمه الله أنه يبطل لا لكونه صرفاً بل لتمكن ربا النساء فيه لوجود أحد وصفي علة ربا الفضل وهو الجنس وهو الصحيح، ولو تبايعا فلوساً بدراهم على أن كل واحد منهما بالخيار وتقابضا وافترقا بطل البيع لأن الخيار يمنع انعقاد العقد في حق الحكم فيمنع صحة التقابض فيحصل الافتراق لا عن قبض أصلاً فيبطل البيع، ولو كان الخيار لأحدهما فكذلك عند أبي حنيفة وعندهما يجوز بناء على أن شرط الخيار يعمل في الجانبين جميعاً عنده وينعدم القبض من الجانبين، وعندهما لا يعمل إلا من جانب واحد فينعدم القبض من أحد الجانبين، وهذا لا يمنع جواز العقد والأصل المحفوظ أن العقد في حق القبض على مراتب.

منها: ما يشترط فيه التقابض وهو القبض من الجانبين وهو الصرف، ومنها ما لا يشترط فيه القبض أصلاً، كبيع العين بالعين مما سوى الذهب والفضة، وبيع العين بالدين مما لا يتضمن ربا النساء، كبيع الحنطة بالدراهم ونحوها، ومنها مما يشترط فيه القبض من أحد الجانبين، كبيع الدراهم بالفلوس وبيع العين بالدين مما يتضمن ربا النساء كبيع المكيل بالمكيل والموزون بالموزون إذا كان الدين منهما ثمناً، وبيع الدين بالعين وهو السلم. ولو تبايعا فلساً بعينه بفلسين بأعيانهما جاز عند أبي حنيفة وأبي يوسف ويتعين كل واحد منهما حتى لو هلك أحدهما قبل القبض بطل العقد، وكذا إذا رد بالعيب أو استحق.

ولو أراد أحدهما أن يدفع مثله ليس له ذلك، وعند محمد يتعين، ولا يجوز البيع وقد ذكرنا المسألة مع دلائلها فيما تقدم.

ولو تبايعا فلساً بغير عينه بفلسين بغير أعيانهما أو عين أحدهما ولم يعين الآخر لا يجوز في الرواية المشهورة عنهم، وعن أبي يوسف أنه يجوز والصحيح جواب ظاهر الرواية، لأن الفلس في هذه الحالة لا يخلو من أن يكون من العروض أو من الأثمان، فإن كان من العروض فالتعيين في العروض شرط الجواز ولم يوجد.

وإن كان من الأثمان فالمساواة فيها شرط الجواز ولم يوجد، ولأن تجويز هذا البيع يؤدي إلى ربح ما لم يضمن، [ب/١٢٠م] لأن/ مشتري الفلسين يقبضهما وينقد أحدهما ويبقي الآخر عن غير ضمان فيكون ربح ما لم يضمن وأنه منهي.

ولو تبايعا فلساً بفلسين وشرطا الخيار ينبغي أن يجوز على قولهما، لأن الفلوس في هذه الحالة كالعروض، وعندهما لا يشترط فيها فلم يكن الخيار مانعاً والله عز وجل أعلم.

ولو اشترى شيئاً بفلوس كاسدة في موضع لا تنفق، فإن كانت بأعيانها جاز وإن لم تكن معينة لم يجز لأنها في ذلك الموضع عروض والتعيين شرط الجواز في بيع العروض.

ومنها: أن للبائع حق حبس المبيع حتى يقبض الثمن إذا كان الثمن حالاً وليس للمشتري أن يمتنع من تسليم الثمن إلى البائع حتى يقبض المبيع إذا كان المبيع حاضراً، لأن البيع عقد معاوضة والمساواة في

المعاوضات مطلوبة المتعاوضين عادة وحق المشتري في المبيع قد تعين بالتعيين في العقد وحق البائع في الثمن لم يتعين بالعقد، لأن الثمن في الذمة فلا يتعين بالتعيين إلا بالقبض فيسلم الثمن أولاً ليتعين فتتحقق المساواة.

وإن كان المبيع غائباً عن حضرتهما فللمشتري أن يمتنع عن التسليم حتى يحضر المبيع، لأن تقديم تسليم الثمن لتتحقق المساواة، وإذا كان المبيع غائباً لا تتحقق المساواة بالتقديم بل يتقدم حق البائع ويتأخر حق المشتري حيث يكون الثمن بالقبض عيناً مشاراً إليه والمبيع لا، ولأن من الجائز أن المبيع قد هلك وسقط الثمن عن المشتري فلا يؤمر بالتسليم إلا بعد المبيع، سواء كان المبيع في ذلك المصر أو في موضع آخر بحيث تلحقه المؤونة بالإحضار. فرق بين هذا وبين الرهن، فإن الراهن إذا امتنع من قضاء الدين لإحضار الرهن ينظر في ذلك إن كان الرهن في ذلك المصر بحيث لا يلحق المرتهن مؤونة في الإحضار يؤمر بإحضاره أولاً كما في البيع لجواز أن الرهن قد هلك وسقط الدين عن المرتهن بقدره، وإن كان في موضع يلحقه المؤونة في الإحضار لا يؤمر المرتهن بالإحضار أولاً بل يؤمر الراهن بقضاء الدين أولاً إن كان مقراً أن الرهن قائم ليس بهالك، وإن ادعى أنه هالك، وقال المرتهن هو قائم فالقول قول المرتهن مع يمينه، فإذا حلف يؤمر/ بقضاء الدين. [أ/١٢١/م]

ووجه الفرق بينهما: أن البيع عقد معاوضة ومبنى المعاوضة على المساواة ولا تتحقق المساواة إلا بالإحضار على ما مر بخلاف الرهن فإنه عقد ليس بمعاوضة بل هو عقد أمانة بمنزلة عقد الوديعة كان المرهون أمانة في يد المرتهن إلا أنه إذا هلك يسقط الدين عن الراهن لا لكونه مضموناً بل لمعنى آخر على ما عرف، وإذا لم يكن معاوضة لم يكن الدين عوضاً عن الرهن فلا يلزم تحقيق المساواة بينهما بإحضار الرهن إذا كان بحيث تلحقه المؤونة بالإحضار.

ولو تبايعا عيناً بعين سلما معاً لما ذكرنا إن المساواة في عقد المعاوضة مطلوبة للمتعاوضين عادة وتحقيق المساواة ههنا في التسليم معاً، ولأن تسليم المبيع مستحق وليس أحدهما بتقديم التسليم أولى من الآخر، لأن كل واحد منهما مبيع فيسلمان معاً.

وكذا لو تبايعا ديناً بدين سلما معاً تحقيقاً للمساواة التي هي مقتضى المعاوضات المطلقة ولاستواء كل واحد منهما في استحقاق التسليم بخلاف ما إذا تبايعا عيناً بدين، لأن الدين لا يصير عيناً إلا بالقبض فلا تتحقق المساواة إلا بتسليمه أولاً على ما بينا والله عز وجل أعلم، ومنها أن هلاك المبيع قبل القبض يوجب انفساخ البيع.

وجملة الكلام فيه: أن المبيع لا يخلو إما أن يكون أصلاً وإما أن يكون تبعاً، وهو الزوائد المتولدة من المبيع، فإن كان أصلاً فلا يخلو إما إن هلك كله وإما إن هلك بعضه ولا يخلو إما إن هلك قبل القبض، وإما إن هلك بعده، وكل ذلك لا يخلو إما إن هلك بآفة سماوية، وإما إن هلك بفعل البائع أو بفعل المشتري أو بفعل أجنبي، فإن هلك كله قبل القبض بآفة سماوية انفسخ البيع، لأنه لو بقي أوجب مطالبة المشتري بالثمن.

وإذا طالبه بالثمن فهو يطالبه بتسليم المبيع وأنه عاجز عن التسليم فتمتنع المطالبة أصلاً فلم يكن في بقاء البيع فائدة فينفسخ، وإذا انفسخ البيع سقط الثمن عن المشتري، لأن انفساخ البيع ارتفاعه من الأصل كأن لم يكن.

وكذا إذا هلك بفعل المبيع بأن كان حيواناً فقتل نفسه، لأن فعله على نفسه هدر فكأنه هلك بآفة سماوية، وكذا إذا هلك بفعل البائع يبطل البيع ويسقط الثمن عن المشتري عندنا.

وقال الشافعي رحمه الله: لا يبطل وعلى البائع ضمان القيمة أو المثل.

[ب/١٢١/م] وجه قوله: أنه أتلف مالاً مملوكاً للغير بغير إذنه فيجب عليه ضمان المثل أو القيمة كما لو أتلفه/ بعد القبض ولا فرق سوى أن المبيع قبل القبض في يده. وهذا لا يمنع وجوب الضمان كالمرتهن إذا أتلف المرهون في يده.

ولنا: أن المبيع في يد البائع مضمون بأحد الضمانين وهو الثمن، ألا ترى لو هلك في يده سقط الثمن عن المشتري فلا يكون مضموناً بضمان آخر إذ المحل الواحد لا يقبل الضمانين بخلاف الرهن. فإن المضمون بالرهن على المرتهن معنى المرهون لا عينه بل عينه أمانة حتى كان كفنه ونفقته على الراهن والمضمون بالإتلاف عينه فإيجاب ضمان القيمة لا يؤدي إلى كون المحل الواحد مضموناً بضمانين لاختلاف محل الضمان بخلاف البيع، وسواء كان البيع باتّاً أو بشرط الخيار، لأن المبيع في يد البائع مضمون بالثمن في الحالين فيمنع كونه مضموناً بضمان آخر.

وإن هلك بفعل المشتري لا ينفسخ البيع وعليه الثمن لأنه بالإتلاف صار قابضاً كل المبيع لأنه لا يمكنه إتلافه إلا بعد إثبات يده عليه وهو معنى القبض فيتقرر عليه الثمن، وسواء كان البيع باتاً أو بشرط الخيار للمشتري لأن خيار المشتري لا يمنع زوال البيع عن ملك البائع بلا خلاف فلا يمنع صحة القبض فلا يمنع تقرر الثمن.

وإن كان البيع بشرط الخيار للبائع أو كان البيع فاسداً فعليه ضمان مثله إن كان مما له مثل وإن كان مما لا مثل له فعليه قيمته، لأن خيار البائع يمنع زوال السلعة عن ملكه بلا خلاف فكان المبيع على حكم ملك البائع وملكه مضمون بالمثل أو القيمة.

وكذا المبيع بيعاً فاسداً مضمون بالمثل أو القيمة، وإن هلك بفعل أجنبي فعليه ضمانه لا شك فيه، لأنه أتلف مالاً مملوكاً لغيره بغير إذنه ولا يد له عليه فيكون مضموناً عليه بالمثل أو القيمة والمشتري بالخيار إن شاء فسخ البيع فيعود المبيع إلى ملك البائع فيتبع الجاني فيضمنه مثله إن كان من ذوات الأمثال وقيمته إن لم يكن من ذوات الأمثال، وإن شاء اختار البيع فاتبع الجاني بالضمان واتبعه البائع بالثمن، لأن المبيع قد تعين في ضمان البائع لأنه كان عيناً فصار قيمة وتعين المبيع في ضمان البائع يوجب الخيار.

[أ/١٢٢/م] ثم إن اختار الفسخ وفسخ واتبع البائع الجاني/ بالضمان وضمنه ينظر إن كان الضمان من جنس الثمن وفيه فضل على الثمن لا يطيب له الفضل لأن الفضل ربح ما لم يملك لزوال المبيع عن ملكه بنفس البيع

وربح ما لم يضمن لا يطيب لنهي النبي ﷺ عن ربح ما لم يضمن ولما فيه من شبهة الربا فربح ما لم يضمن أولى، وإن كان الضمان من خلاف جنس الثمن طاب الفضل لأن الربا لا يتحقق عند اختلاف الجنس، وإن اختار البيع واتبع الجاني بالضمان وضمنه، فإن كان الضمان من جنس الثمن لا يطيب له الفضل لأنه ربح ما لم يضمن في حقه لا ربح ما لم يملك لأن المبيع ملكه، وإن كان من خلاف جنسه طاب الفضل له لما قلنا. ولو كان المشترى عبداً فقتله أجنبي قبل القبض، فإن كان القتل خطأ لا ينفسخ البيع وللمشتري خيار الفسخ والبيع لما قلنا إلا أن ههنا إذا اختار الفسخ وفسخ البيع اتبع البائع عاقلة القاتل فأخذ قيمته في ثلاث سنين، وإن اختار المبيع اتبع العاقلة بقيمته في ثلاث سنين.

ولو كان القتل عمداً اختلفوا فيه على ثلاثة أقوال:

قال أبو حنيفة عليه الرحمة: إن المشتري بالخيار إن شاء فسخ البيع وللبائع أن يقتص القاتل بعبده، وإن شاء اختار البيع وله أن يقتص القاتل بعبده وعليه جميع الثمن.

وقال أبو يوسف رحمه الله: المشتري بالخيار إن شاء فسخ البيع ويعود المبيع إلى ملك البائع وليس للبائع أن يقتص ولكنه يأخذ من مال القاتل القيمة في ثلاث سنين، وإن شاء اختار البيع وللمشتري أن يقتص وعليه جميع الثمن. وقال محمد لا قصاص على القاتل بحال والمشتري بالخيار إن شاء فسخ البيع والبائع يأخذ القيمة من القاتل في ثلاث سنين، وإن شاء اختار البيع واتبع القاتل بالقيمة في ثلاث سنين.

وجه قول محمد رحمه الله: أن العبد لم يكن على ملك البائع وقت القتل بل كان على ملك المشتري فلم ينعقد السبب موجباً للقصاص للبائع/ وملك المشتري لم يكن مستقراً، بل كان محتملاً للعود إلى ملك البائع بالفسخ، فلا تثبت ولاية الاقتصاص لأحدهما. [ب/١٢٢/م]

وجه قول أبي يوسف: أنه لا سبيل إلى إثبات ولاية الاقتصاص للبائع لما قاله محمد، وهو أن القتل صادف محلاً ليس بمملوك للبائع عند القتل فأما الملك فثابت للمشتري وقت القتل وقد لزم وتقرر باختيار المشتري فتثبت له ولاية الاستيفاء، ولأبي حنيفة رضي الله عنه أنه أمكن القول بثبوت ولاية الاستيفاء لهما على اعتبار اختيار الفسخ وعلى اعتبار اختيار البيع.

أما على اعتبار اختيار البيع فلما قاله أبو يوسف، وأما على اعتبار اختيار الفسخ فلأن فسخ العقد رفعه من الأصل وجعله كأن لم يكن. فتبين أن الجناية وردت على ملك البائع فتثبت له ولاية الاقتصاص.

هذا إذا هلك المبيع كله قبل القبض، فأما إذا هلك كله بعض القبض فإن هلك بآفة سماوية أو بفعل المبيع أو بفعل المشتري لا ينفسخ البيع والهلاك على المشتري وعليه الثمن، لأن البيع تقرر بقبض المبيع فتقرر الثمن وكذلك إن هلك بفعل أجنبي لما قلنا ويرجع المشتري على الأجنبي بضمانه ويطيب له الفضل لأن هذا الفضل ربح ما قد ضمن.

وإن هلك بفعل البائع ينظر إن كان المشتري قبضه بإذن البائع أو بغير إذنه لكن الثمن منقود أو مؤجل فاستهلاكه واستهلاك الأجنبي سواء، وإن كان قبضه بغير إذن البائع صار مسترداً للبيع بالاستهلاك فحصل الاستهلاك في ضمانه فيوجب بطلان البيع وسقوط الثمن كما لو استهلك وهو في يده والله عز وجل أعلم هذا

إذا هلك كل المبيع قبل القبض أو بعده. فأما إذا هلك بعضه فإن كان قبل القبض وهلك بآفة سماوية ينظر إن كان النقصان نقصان قدر بأن كان مكيلاً أو موزوناً أو معدوداً ينفسخ العقد بقدر الهالك وتسقط حصته من الثمن لأن كل قدر من المقدرات معقود عليه فيقابله شيء من الثمن وهلاك كل المعقود عليه يوجب انفساخ البيع في الكل وسقوط كل الثمن. فهلاك بعضه يوجب انفساخ البيع وسقوط الثمن بقدره. والمشتري بالخيار في الباقي إن شاء أخذه بحصته من الثمن وإن شاء ترك لأن الصفقة قد تفرقت عليه/ . [١٢٣/أ/م]

وإن كان النقصان نقصان وصف وهو كل ما يدخل في البيع من غير تسمية كالشجر والبناء في الأرض وأطراف الحيوان والجودة في المكيل والموزون لا ينفسخ البيع أصلاً ولا يسقط عن المشتري شيء من الثمن. لأن الأوصاف لا حصة لها من الثمن إلا إذا ورد عليها القبض أو الجناية لأنها تصير مقصودة بالقبض والجناية فالمشتري بالخيار إن شاء أخذه بجميع الثمن وإن شاء ترك لتعيب المبيع قبل القبض.

وإن هلك بفعل المبيع بأن جرح نفسه لا ينفسخ البيع ولا يسقط عن المشتري شيء من الثمن، لأن جنايته على نفسه هدر فصار كما لو هلك بعضه بآفة سماوية وهلاك بعضه نقصان الوصف والأوصاف لا تقابل بالثمن فلا يسقط شيء من الثمن، ولكن المشتري بالخيار إن شاء أخذه بجميع الثمن وإن شاء ترك لتغير المبيع. ولو كان المشترى حيوانين سوى بني آدم فقتل أحدهما صاحبه قبل القبض تسقط حصته من الثمن، والمشتري بالخيار إن شاء أخذ الباقي بحصته من الثمن وإن شاء ترك، لأن فعل العجماء جبار فكأنه اشترى حيوانين ثم مات أحدهما قبل القبض حتف أنفه.

ولو كان المشترى عبدين فقتل أحدهما صاحبه قبل القبض، أو كانت جارية فولدت قبل القبض فكبر الولد ثم قتل أحدهما صاحبه قبل القبض فالمشتري بالخيار إن شاء فسخ البيع في الباقي وبطلت الجناية لأن الفسخ إعادة إلى ملك البائع فتبين أن القتل حصل في ملك البائع فبطل وإن شاء أخذ القاتل منهما بجميع الثمن ولا يسقط عن المشتري شيء من الثمن، لأنه لو أخذه بحصته من الثمن لصار آخذاً بجميع الثمن في الانتهاء، فيخير في الابتداء قصراً للمسافة إن شاء أخذ الحي منهما بجميع الثمن وإن شاء ترك.

بيان ذلك: أنه لو أخذ القاتل منهما بحصته من الثمن لا ينفسخ البيع في المقتول وانفساخ البيع ارتفاعه من الأصل وعوده إلى ملك البائع، فتبين أن عبد المشتري قتل عبد البائع فيخاطب بالدفع أو بالفداء وأيهما فعل قام مقام المقتول فيحيا المقتول معنى فيأخذه ببقية الثمن فصار في أخذ الباقي منهما بحصته من الثمن في الحال آخذاً بجميع الثمن في المآل فخيرناه في الابتداء/ للأخذ بجميع الثمن والفسخ هذا. [ب/١٢٣/م]

وإن هلك بفعل البائع يبطل البيع بقدره ويسقط عن المشتري حصة الهالك من الثمن وهو قدر النقصان اعتباراً للبعض بالكل، سواء كان النقصان نقصان قيمة أو نقصان وصف، لأن الأوصاف لها حصة من الثمن عند ورود الجناية عليها لأنها تصير أصلاً بالفعل فتقابل بالثمن والمشتري بالخيار في الباقي إن شاء أخذه بحصته من الثمن وإن شاء ترك لتفرق الصفقة عليه.

ولو اختار المشتري الأخذ فلم يقبضه حتى مات من تلك الجناية أو من غيرها مات على البائع ويسقط الثمن عن المشتري، لأن المبيع إنما يدخل في ضمان المشتري بالقبض ولم يوجد، فإن قبضه المشتري

فمات من جناية البائع أو غيرها سقطت عن المشتري حصة جناية البائع ولزمه ما بقي من الثمن.

أما إذا مات من الجناية فلأن قبض الباقي وجد من المشتري فتقرر قبضه فتقرر عليه ثمنه.

وكذا إذا مات من جناية البائع لأن المشتري قبض الباقي حقيقة وقبض المبيع يوجب تقرر الثمن في الأصل، إلا إذا وجد من البائع ما ينقضه فيصير مسترداً والسراية ليست فعله حقيقة وإنما هي صنع الله تعالى، يعني مصنوعه، فبقي المقبوض على حكم قبض المشتري فتقرر عليه ثمنه، ولأن قبض المشتري بمنزلة إنشاء العقد فيه لأن للقبض شبهاً بالعقد وإنشاء الشراء قاطع للسراية، كما لو اشتراه منه بعد جنايته وقبضه ثم سرت إلى النفس ومات فكذلك القبض والله عز وجل أعلم.

وإذا هلك بفعل المشتري لا يبطل البيع ولا يسقط عنه شيء من الثمن لأنه صار قابضاً للكل بإتلاف البعض أو لا يتمكن من إتلاف البعض إلا بإثبات اليد على الكل، وهو تفسير القبض، أو صار قابضاً قدر المتلف بالإتلاف والباقي بالتعييب فتقرر عليه كل الثمن.

ولو مات في يد البائع بعد جناية المشتري ينظر: إن مات من تلك الجناية مات على المشتري وعليه الثمن لأنه لما مات من جنايته تبين أن فعله السابق وقع إتلافاً للكل فتقرر عليه كل الثمن سواء منعه البائع بعد جناية المشتري أو لم يمنعه لأن منع البائع بعد وجود الإتلاف من المشتري هدر.

وإن مات من غير/ الجناية فإن كان البائع لم يمنعه مات من مال المشتري أيضاً وعليه كل الثمن لما [أ/١٢٤/م] ذكرنا أنه بالجناية صار قابضاً لكل المبيع ولم يوجد ما ينقض قبضه فبقي حكم ذلك القبض. وإن كان منعه لزم المشتري حصة ما استهلك وسقط عنه ثمن ما بقي، لأن البائع لما منع فقد نقض قبض المشتري في قدر القائم فصار مسترداً إياه، فإذا هلك فقد هلك في ضمانه فيهلك عليه.

ولو جنى عليه البائع ثم جنى عليه المشتري سقط عن المشتري حصة جناية البائع لما قلنا ولزمه ثمن ما بقي لأنه صار قابضاً للباقي بجنايته فتقرر عليه ثمنه لأن جنايته دليل الرضا بتعييب البائع، فإن ابتدأ المشتري بالجناية ثم جنى البائع قبل قبض الثمن فإن برأ العبد من الجنايتين فالمشتري بالخيار إن شاء أخذه وسقطت عنه حصة جناية البائع من الثمن وإن شاء ترك لأن المشتري صار قابضاً بالجناية لكن الجناية فيه قبض بغير إذن البائع والثمن غير منقود فلما جنى عليه البائع فقد استرد ذلك القدر فحصلت جنايته تعييباً للمبيع، وحدوث العيب في المبيع قبل القبض يوجب الخيار فإن شاء فسخ وإن شاء ترك وعليه ثلاثة أرباع الثمن وسقطت عنه جناية البائع من الثمن وهو الربع، لأن النصف هلك بجناية المشتري فتقرر عليه الثمن وربع منه قائم فيأخذه بثمنه أيضاً والربع هلك بجناية البائع قبل القبض فيسقط عنه ثمنه.

وإن مات العبد في يد البائع بعد الجنايتين بأن كان المشتري قطع يده ثم قطع البائع رجله من خلاف ثم مات في يد البائع من الجنايتين فعلى المشتري خمسة أثمان الثمن وسقط عنه ثلاثة أثمان الثمن، لأن المشتري لما قطع يده فقد تقرر عليه نصف الثمن لأنه صار قابضاً بالقطع، ولما قطع البائع رجله فقد استرد نصف القائم من العبد وهو الربع، فبقي هناك ربع قائم من العبد، فإذا سرت الجناية فقد هلك ذلك الربع من سراية الجنايتين فينقسم ذلك الربع بينهما نصفين فانكسر الحساب بالأرباع، فيجعل كل سهم أربعة فيصير

ثمانية، فلذلك جعلنا الحساب من ثمانية، فهلك بجناية المشتري النصف وهو أربعة، وبسراية جنايته سهم فيتقرر عليهم ثمنه، فذلك خمسة أثمان الثمن، وهلك بجناية البائع سهمان/ وبسراية جنايته سهم فذلك ثلاثة [ب/١٢٤م] أثمان الثمن يسقط عنه. لأن هلاك هذا القدر يسقط عنه. والله عز وجل أعلم.

هذا إذا جنى المشتري أولاً ثم جنى البائع فبرأت الجراحة أو سرت.

فأما إذا جنى البائع أولاً ثم المشتري فإن برأ العبد فلا خيار للمشتري ههنا لما ذكرنا أن إقدامه على الجناية بعد جناية البائع دليل الرضا بتعييبه فبطل خياره ويلزمه ثمن ما بقي لأنه صار قابضاً لما بقي.

وإن مات العبد من الجنايتين فالجواب ههنا على القلب من الجواب في المسألة المتقدمة، وهو أن على المشتري ثلاثة أثمان وسقط عنه خمسة أثمان الثمن فحكم جناية المشتري ههنا كحكم جناية البائع هناك لما ذكرنا فافهم.

ولو كان الثمن مقبوضاً والعبد في يد البائع فجنى عليه البائع يسقط عن المشتري حصته من الثمن أيضاً لما ذكرنا، فإن كان المشتري جنى عليه أولاً ثم جنى البائع يلزم البائع من القيمة ما يلزم الأجنبي، لأن المشتري صار قابضاً بالجناية ولا يملك البائع نقض القبض والاسترداد ههنا، لأن الثمن مقبوض فصارت جنايته وجناية الأجنبي سواء.

ولو كان البائع جنى أولاً ثم جنى المشتري فما هلك بجناية البائع سقط حصته من الثمن وما هلك بسراية جنايته فعليه قيمته، لأن ما هلك بجنايته بعد جناية المشتري تجب قيمته على ما ذكرنا فكذا ما هلك بسراية جنايته. والله أعلم.

وإن هلك بفعل أجنبي فعليه ضمانه لا شك فيه والمشتري بالخيار إن شاء فسخ البيع واتبع البائع الجاني بضمان ما جنى، وإن شاء اختار البيع واتبع الجاني بالضمان وعليه جميع الثمن، وأيهما اختار فالحكم فيه بعد ذلك على ما ذكرنا في إتلاف الأجنبي كل المبيع والله عز وجل أعلم.

هذا إذا هلك بعض المبيع قبل القبض.

فأما إذا هلك بعض المبيع بعد القبض، فإن هلك بآفة سماوية أو بفعل المبيع أو بفعل المشتري فالهلاك على المشتري لأن المبيع خرج عن ضمان البائع بقبض المشتري فتقرر عليه الثمن. وكذا إذا هلك بفعل أجنبي فالهلاك على المشتري لما قلنا ويرجع بالضمان على الأجنبي لا شك فيه.

وإن هلك بفعل البائع ينظر إن لم يكن له حق الاسترداد للحبس لاستيفاء الثمن بأن كان المشتري قبضه بإذنه أو كان الثمن منقوداً أو مؤجلاً فهذا وما لو أتلفه أجنبي سواء/ وقد ذكرنا حكمه. [أ/١٢٥م]

وإن كان له حق الاسترداد بأن كان قبضه بغير إذنه والثمن حال غير منقود ينفسخ البيع في قدر المتلف ويسقط عن المشتري حصته من الثمن لأنه صار مسترداً لذلك القدر بالإتلاف فتلف ذلك القدر في ضمانه فيسقط قدره من الثمن ولا يكون مسترداً لأنه لم يوجد منه إتلاف الباقي، لأنه لو هلك الباقي في يد المشتري فعليه حصته من الثمن إلا إذا هلك الباقي من سراية جناية البائع فيصير مسترداً ويسقط عن المشتري جميع

الثمن لأن تلف الباقي حصل مضافاً إلى فعله فصار مسترداً للكل فتلف الكل في ضمانه فيسقط كل الثمن.

ولو اختلف البياع والمشتري في هلاك المبيع، فقال البائع هلك بعد القبض ولي عليك الثمن. وقال المشتري هلك قبل القبض ولا ثمن لك علي فالقول قول المشتري مع يمينه، لأن البائع يدعي عليه القبض والثمن وهو ينكر، ولأن الظاهر شاهد للمشتري، لأن المبيع كان في يد البائع، والظاهر بقاء ما كان على ما كان، والبائع يدعي أمراً عارضاً وهو الزوال والانتقال، فكان المشتري متمسكاً بالأصل الظاهر فكان القول قوله.

وإن أقام أحدهما البينة قبلت بينته؛ ولو أقاما جميعاً البينة يقضىٰ ببينة البائع لأنها تثبت أمراً بخلاف الظاهر وما شرعت البينات إلا لهذا، ولأنها أكثر إظهاراً لأنها تظهر القبض والثمن فكانت أولى بالقبول.

وكذلك لو اختلفا في الاستهلاك فادعى البائع على المشتري أنه استهلكه وادعى المشتري على البائع أنه استهلكه، فالقول قول المشتري لما قلنا، هذا إذا لم يكن للبينتين تاريخ.

فأما إذا كان لهما تاريخ وتاريخ أحدهما أسبق فالأسبق أولى بالهلاك والاستهلاك جميعاً.

هذا إذا لم يكن قبض المشتري المبيع ظاهراً، فأما إذا كان ظاهراً فادعيا الاستهلاك فإن لم يكن لهما بينة فالقول قول البائع، لأن الظاهر شاهد له، لأن المبيع في يد المشتري وأيهما أقام البينة قبلت بينته، وإن أقاما جميعاً البينة فالبينة بينة المشتري لأنه هو المدعي/ . [ب/١٢٥/م]

ألا ترى أنه يدعي أمراً باطناً ليزيل به ظاهراً وهو الاستهلاك من البائع والمبيع في يده، وكذا المشتري لوترك الدعوى يترك ولا يجبر عليها والبائع لو ترك الدعوى لا يترك بل يجبر عليها، وهذه عبارة مشايخنا في تحديد المدعي والمدعى عليه، وإذا قامت بينة المشتري يُنظر إن كان في موضع للبائع حق الاسترداد للحبس لاستيفاء الثمن بأن كان المشتري قبضه بغير إذن البائع والثمن حال غير منقود يسقط الثمن عن المشتري لأنه بالاستهلاك صار مسترداً وانفسخ البيع، وإن كان في موضع ليس له حق الاسترداد للحبس بأن كان المشتري قبض المبيع بإذن البائع أو بغير إذنه لكن الثمن منقود أو مؤجل فللمشتري أن يضمن البائع قيمة المبيع لأنه إذا لم يكن له حق الاسترداد لم يكن بالاستهلاك مسترداً ولا ينفسخ البيع فلا يحصل الاستهلاك في ضمان البائع فتلزمه القيمة كما لو استهلكه أجنبي والله عز وجل أعلم.

ولو اشترى بفلوس نافقة ثم كسدت قبل القبض انفسخ عند أبي حنيفة رحمه الله وعلى المشتري رد المبيع إن كان قائماً وقيمته أو مثله إن كان هالكاً، وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله لا يبطل البيع والبائع بالخيار إن شاء فسخ البيع وإن شاء أخذ قيمة الفلوس.

وجه قولهما: أن الفلوس في الذمة وما في الذمة لا يحتمل الهلاك فلا يكون الكساد هلاكاً بل يكون عيباً فيها فيوجب الخيار إن شاء فسخ البيع وإن شاء أخذ قيمة الفلوس كما إذا كان الثمن رطباً فانقطع قبل القبض.

ولأبي حنيفة: أن الفلوس بالكساد خرجت عن كونها ثمناً، لأن ثمنيتها ثبتت باصطلاح الناس، فإذا

ترك الناس التعامل بها عدداً فقد زال عنها صفة الثمنية ولا بيع بلا ثمن فينفسخ ضرورة، ولو لم تكسد ولكنها رخصت قيمتها أو غلت لا ينفسخ البيع بالإجماع، وعلى المشتري أن ينقد مثلها عدداً ولا يلتفت إلى القيمة ههنا، لأن الرخص أو الغلاء لا يوجب بطلان الثمنية.

ألا ترى أن الدراهم قد ترخص وقد تغلو وهي على حالها أثمان، ثم اختلف أبو يوسف ومحمد فيما [١٢٦/أ م] بينهما في وقت اعتبار القيمة فاعتبر أبو يوسف/ وقت العقد لأنه وقت وجوب الثمن، واعتبر محمد وقت الكساد وهو آخر يوم ترك الناس التعامل بها لأنه وقت العجز عن التسليم، ولو استقرض فلوساً نافقة وقبضها فكسدت فعليه رد مثل ما قبض من الفلوس عدداً في قول أبي حنيفة وأبي يوسف وفي قول محمد عليه قيمتها.

وجه قولهما: أن الواجب بقبض القرض رد مثل المقبوض وبالكساد عجز عن رد المثل لخروجها عن رد الثمنية وصيرورتها سلعة فيجب عليه قيمتها كما لو استقرض شيئاً من ذوات الأمثال وقبضه ثم انقطع عن أيدي الناس.

ولأبي حنيفة رحمه الله: أن أثر الكساد في بطلان الثمنية وأنه لا يمنع جواز الرد بدليل أنه لو استقرضها بعد الكساد جاز، ثم اختلفا في وقت اعتبار القيمة على ما ذكرنا، ولو لم تكسد ولكنها رخصت أو غلت فعليه رد مثل ما قبض بلا خلاف، لما ذكرنا أن صفة الثمنية باقية.

ولو اشترى بدرهم فلوساً وتقابضا وافترقا، ثم استحقت الفلوس من يده وأخذها المستحق لا يبطل العقد لأن بالاستحقاق وإن انتقض القبض والتحق بالعدم فيصير كأن الافتراق حصل على قبض الدراهم دون الفلوس. وهذا لا يوجب بطلان العقد. وعلى بائع الفلوس أن ينقد مثلها.

وكذلك إن استحق بعضها وأخذ قدر المستحق لا يبطل البيع لما قلنا، وعلى بائع الفلوس أن ينقد مثل القدر المستحق. وكذلك إذا وجد المشتري الفلوس من الفلوس الكاسدة لا يبطل البيع، لأن قبض أحد البدلين فيما لا يتضمن يكفي لبقاء العقد على الصحة وقد وجد قبض أحدهما وهو الدراهم.

ولو كان المشتري قبض الفلوس ولم ينقد الدراهم وافترقا ثم استحقت الفلوس فالمستحق بالخيار إن شاء أجاز نقد البائع فيجوز العقد، لأن الإجازة استندت إلى حالة العقد فجاز النقد والعقد ويرجع المستحق على بائع الفلوس بمثلها وينقد المشتري بالدراهم لبائع الفلوس، وإن شاء لم يجز وأخذ الفلوس وبطل العقد لأنه لما يجز وأخذ الفلوس فقد انتقض القبض والتحق بالعدم فتبين أن افتراقهما حصل لا عن قبض أصلاً فبطل العقد.

وكذلك لو استحق بعض الفلوس فحكم البعض كحكم الكل، وقد ذكرناه ولو وجد الفلوس كاسدة لا [ب/١٢٦م] تروج بطل العقد، لأنه ظهر أنهما افترقا من غير/ قبض، وإن وجدها تروج في بعض التجارة ولا تروج في البعض أو يأخذها البعض دون البعض فحكمها حكم الدراهم الزائفة إن تجوز بها المشتري جاز، لأنها من جنس حقه أصلاً، وإن لم يتجوز بها فالقياس أن يبطل العقد في المردود قل أو كثر، وهو قول زفر، وعند أبي يوسف ومحمد إن لم يستبدل في مجلس الرد يبطل وإن استبدل لا يبطل، وعند أبي حنيفة إن كان قليلاً فاستبدل لا يبطل وإن كان كثيراً يبطل على ما ذكرنا في السلم والله عز وجل أعلم.

وأما بيان صفة الحكم فله صفتان:

إحداهما: اللزوم حتى لا ينفرد أحد العاقدين بالفسخ، سواء كان بعد الافتراق عن المجلس أو قبله عندنا، وعند الشافعي رحمه الله لا يلزم إلا بعد الافتراق عن المجلس، وقد ذكرنا الكلام فيه من الجانبين فيما تقدم.

والثانية: الحلول وهو ثبوت الملك في البدلين في الحال، بخلاف البيع بشرط الخيار، لأن الخيار يمنع انعقاد العقد في حق الحكم فيمنع وقوعه تمليكاً للحال وبخلاف البيع الفاسد فإن ثبوت الملك فيه موقوف على القبض فيصير تمليكاً عنده و الله عز وجل أعلم.

وأما الأحكام التي هي من التوابع للحكم الأصلي للبيع.

فمنها: وجوب تسليم المبيع والثمن، والكلام في هذا الحكم في مواضع:

أحدها: في بيان وجوب تسليم البدلين وما هو من توابع تسليمهما.

والثاني: في بيان وقت وجوب تسليمهما.

والثالث: في تفسير التسليم والقبض.

والرابع: في بيان ما يصير به المشتري قابضاً للمبيع من التصرفات وما لا يصير.

أما الأول فتسليم البدلين واجب على العاقدين لأن العقد أوجب الملك في البدلين، ومعلوم أن الملك ما ثبت لعينه وإنما ثبت وسيلة إلى الانتفاع بالمملوك ولا يتهيأ الانتفاع به إلا بالتسليم فكان إيجاب الملك في البدلين شرعاً إيجاباً لتسليمهما ضرورة، ولأن معنى البيع لا يحصل إلا بالتسليم والقبض لأنه عقد مبادلة وهو مبادلة شيء مرغوب بشيء مرغوب، وحقيقة المبادلة في التسليم والقبض لأنها أخذ بدل وإعطاء بدل وإنما قول البيع والشراء وهو الإيجاب/ والقبول جعلا دليلاً عليهما، ولهذا كان التعاطي بيعاً عندنا على ما ذكرنا، [أ/١٢٧/م] والله عز وجل أعلم.

وعلى هذا تخرج أجرة الكيال والوزان والعداد والذراع في بيع المكيل والموزون والمعدود والمذروع مكايلة وموازنة ومعاددة ومذارعة أنها على البائع أما أجرة الكيال والوزان فلأنها من مؤنات الكيل والوزن والكيل والوزن فيما بيع مكايلة وموازنة من تمام التسليم على ما نذكر. والتسليم على البائع فكانت مؤنة التسليم عليه والعدد في المعدود الذي بيع عدداً بمنزلة الكيل والوزن في الكيل والموزون عند أبي حنيفة فكان من تمام التسليم فكانت على من عليه التسليم.

وعندهما: هو من باب تأكيد التسليم فكان من توابعه كالذرع فيما بيع مذارعة فكانت مؤنته على من عليه التسليم وهو البائع وكذا أجرة وزان الثمن على المشتري لما قلنا.

وأما أجرة ناقد الثمن فعن محمد فيه روايتان: روى إبراهيم بن رستم[1] عنه أنها على البايع، لأن حقه

(١) إبراهيم بن رستم: هو إبراهيم بن رستم أبو بكر المروزي أحد الأعلام، تفقه على محمد بن الحسن وروى عنه النوادر، وروى =

في الجيد والنقد لتمييز حقه فكانت مؤنته عليه. وروى ابن سماعة عنه أن البايع إن كان لم يقبض الدراهم فعلى المشتري لأن عليه تسليم ثمن جيد فكانت مؤنة تسليمه عليه، ولو كان قد قبضها فعلى البايع لأنه قبض حقه ظاهراً فإنما يطلب بالنقد إذا أدى فكان الناقد عاملاً له، فكانت أجرة عمله عليه.

وأما بيان وقت الوجوب فالوجوب على التوسع ثبت عقيب العقد بلا فصل وأما على التضييق فإن تبايعا عيناً بعين وجب تسليمهما معاً إذا طالب كل واحد منهما صاحبه بالتسليم لما ذكرنا أن المساواة في عقد المعاوضة مطلوبة المتعاقدين عادة، وتحقيق التساوي ههنا في التسليم معاً لما ذكرنا أنه ليس أحدهما بالتقديم أولى من الآخر، وكذلك إن تبايعا ديناً بدين لما قلنا، وإن تبايعا عيناً بدين يراعى فيه الترتيب عندنا فيجب على المشتري تسليم الثمن أولاً إذا طالبه البايع ثم يجب على البايع تسليم المبيع إذا طالبه المشتري، لأن تحقيق التساوي فيه على ما بينا فيما تقدم.

وأما تفسير التسليم والقبض فالتسليم والقبض عندنا هو التخلية والتخلي، وهو أن يخلي البايع بين المبيع وبين المشتري برفع الحائل بينهما على وجه يتمكن المشتري من التصرف فيه فيجعل البايع مسلماً للمبيع والمشتري قابضاً له. وكذا تسليم الثمن من المشتري إلى البايع.

[ب/١٢٧/م] وقال الشافعي[١] رحمه الله: القبض في/ الدار والعقار والشجر بالتخلية. وأما في الدراهم والدنانير فتناولهما بالبراجم وفي الثياب بالنقل. وكذا في الطعام إذا اشتراه مجازفة فإذا اشتراه مكايلة فبالكيل وفي العبد والبهيمة بالسير من مكانه وجه قوله: أن الأصل في القبض هو الأخذ بالبراجم لأنه القبض حقيقة، إلا أن فيما لا يحتمل الأخذ بالبراجم أقيم النقل مقامه فيما يحتمل النقل وفيما لا يحتمله أقيم التخلية مقامه.

ولنا: أن التسليم في اللغة عبارة عن جعله سالماً خالصاً، يقال: سلم فلان لفلان أي خلص له، وقال الله تعالى: ﴿وَرَجُلاً سلماً لِرَجلٍ﴾[٢] أي سالماً خالصاً لا يشركه فيه أحد فتسليم المبيع إلى المشتري هو جعل المبيع سالماً للمشتري، أي خالصاً، بحيث لا ينازعه فيه غيره، وهذا يحصل بالتخلية فكانت التخلية تسليماً من البائع والتخلي قبضاً من المشتري، وكذا هذا في تسليم الثمن إلى البائع لأن التسليم واجب ومن عليه الواجب لا بد وأن يكون له سبيل الخروج عن عهدة ما وجب عليه، والذي في وسعه هو التخلية ورفع الموانع، فأما الأقباض فليس في وسعه لأن القبض بالبراجم فعل اختياري للقابض، فلو تعلق وجوب التسليم به لتعذر عليه الوفاء بالواجب وهذا لا يجوز.

ثم لا خلاف بين أصحابنا في أن أصل القبض يحصل بالتخلية في سائر الأموال، واختلفوا في أنها هل هي قبض تام فيها أم لا.

وجملة الكلام فيه أن المبيع لا يخلو إما أن يكون مما له مثل وإما أن يكون مما لا مثل له، فإن كان مما

= عن أبي عصمة نوح بن أبي مريم، وأسد بن عمرو. وروى الدارمي عن ابن معين توثيقه. وضعفه ابن عدي.
وعرض عليه المأمون القضاء فامتنع، وانصرف إلى منزله فتصدق بعشرة آلاف درهم.
مات بنيسابور في يوم الأربعاء لعشر بقين من جمادى الآخرة سنة (٢١١) هـ.

(١) انظر «مختصر المزني» صفحة (٨٧).

(٢) سورة الزمر، الآية: (٢٩).

لا مثل له من المذروعات والمعدودات المتفاوتة فالتخلية فيها قبض تام بلا خلاف، حتى لو اشترى مذروعاً مذارعة أو معدوداً معاددة ووجدت التخلية يخرج عن ضمان البائع ويجوز بيعه والانتفاع به قبل الذرع والعد بلا خلاف.

وإن كان مما له مثل فإن باعه مجازفة فكذلك لأنه لا يعتبر معرفة القدر في بيع المجازفة. وإن باع مكايلة أو موازنة في المكيل والموزون وخلى فلا خلاف في أن المبيع يخرج عن ضمان البايع ويدخل في ضمان المشتري، حتى لو هلك بعد التخلية قبل الكيل والوزن يهلك على المشتري، وكذا لا خلاف في أنه لا يجوز للمشتري/ بيعه والانتفاع به قبل الكيل والوزن. [أ/١٢٨/م]

وكذا لو اكتاله المشتري أو اتزنه من بائعه ثم باعه مكايلة أو موازنة من غيره لم يحل للمشتري منه أن يبيعه أو ينتفع به حتى يكيله أو يزنه، ولا يكتفي باكتيال البايع أو اتزانه من بائعه وإن كان ذلك بحضرة هذا المشتري، لما روي عن رسول الله ﷺ: «**أنه نهى عن بيع الطَّعام حَتّى يجري فيه صاعان صاعُ البايع وصاعُ المشتري**»[1] وروي: «**أنه عليه الصَّلاة والسلام نهى عن بَيع الطعَام حتى يُكال**»[2] لكن اختلفوا في أنّ حرمة التصرف قبل الكيل أو الوزن لانعدام القبض بانعدام الكيل أو الوزن أو شرعاً غير معقول المعنى مع حصول القبض بتمامه بالتخلية.

قال بعض مشايخنا: إنه تثبت شرعاً غير معقول المعنى. وقال بعضهم: الحرمة لمكان انعدام القبض على التمام بالكيل أو الوزن، وكما لا يجوز التصرف في المبيع المنقول بدون قبضه أصلاً لا يجوز بدون قبضه بتمامه.

وجه قول الأولين ما ذكرنا أن معنى التسليم والتسلم يحصل بالتخلية لأن المشتري يصير سالماً خالصاً للمشتري على وجه يتهيأ له تقليبه والتصرف فيه على حسب مشيئته وإرادته، ولهذا كانت التخلية تسليماً وقبضاً فيما لا مثل له وفيما له مثل إذا بيع مجازفة، ولهذا يدخل المبيع في ضمان المشتري بالتخلية نفسها بلا خلاف دل أن التخلية قبض، إلا أن حرمة التصرف مع وجود القبض بتمامه ثبت تعبداً غير معقول المعنى والله عز وجل أعلم.

وجه قول الآخرين: تعليل محمد رحمه الله في هذه المسألة في كتاب البيوع فإنه قال: ولا يجوز للمشتري أن يتصرف فيه قبل الكيل لأنه باعه قبل أن يقبضه ولم يرد به أصل القبض لأنه موجود، وإنما أراد به

---

(١) أخرجه الدارقطني في السنن (٣/٨) كتاب البيوع والبيهقي في «السنن» أخرجه ابن ماجة في «سننه» في البيوع، باب النهي عن بيع الطعام قبل ما لم يقبض.
وورواه ابن أبي شيبة، وإسحاق بن راهويه والبزار في مسانيدهم من حديث جابر.
وانظر طرقه في «نصب الراية» (٤/ ٣٤ ـ ٣٥).

(٢) أخرجه مسلم في «صحيحه» في البيوع، باب بطلان بيع المبيع قبل القبض برقم (١٥٢٥) بهذا اللفظ من حديث ابن عباس رضي الله عنهما مرفوعاً.
وأخرجه البخاري في «صحيحه» في البيوع، باب الكيل على البائع والمعطي برقم (٢١٢٦). ومسلم في «صحيحه» برقم (١٥٢٦) بلفظ: «من ابتاع طعاماً فلا يبعه حتى يستوفيَه».

تمام القبض. والدليل على أن الكيل والوزن في المكيل والموزون الذي بيع مكايلة وموازنة من تمام القبض أن القدر في المكيل الموزون معقود عليه.

ألا ترى أنه لو كيل فازداد لا تطيب له الزيادة بل ترد أو يفرض لها ثمن ولو نقص يطرح بحصته شيء من الثمن ولا يعرف القدر فيهما إلا بالكيل والوزن لاحتمال الزيادة والنقصان فلا يتحقق قبض قدر المعقود عليه إلا بالكيل والوزن فكان الكيل والوزن فيه من تمام القبض ولا يجوز بيع المبيع/ المنقول قبل [ب/١٢٨/م] قبضه بتمامه كما لا يجوز قبل قبضه أصلاً ورأساً بخلاف المذروعات لأن القدر فيها ليس معقوداً عليه بل هو جار مجرى الوصف، والأوصاف لا تكون معقوداً عليها ولهذا سلمت الزيادة للمشتري بلا ثمن وفي النقصان لا يسقط عنه شيء من الثمن، فكانت التخلية فيها قبضاً تاماً فيكتفى بها في جواز التصرف قبل الذرع بخلاف المكيلات والموزونات على ما بينا إلا أنه يخرج عن ضمان البائع بالتخلية نفسها لوجود القبض بأصله والخروج عن ضمان البائع يتعلق بأصل القبض لا بوصف الكمال، فأما جواز التصرف فيه فيستدعي قبضاً كاملاً لورود النهي عن بيع ما لم يقبض والقبض المطلق هو القبض الكامل، والله عز وجل أعلم.

وأما المعدودات المتقاربة إذا بيعت عدداً لا جزافاً فحكمها حكم المكيلات والموزونات عند أبي حنيفة حتى لا يجوز بيعها إلا بعد العد، وعند أبي يوسف ومحمد حكمها حكم المذروعات فيجوز بيعها قبل العد.

وجه قولهما: أن العددي ليس من أموال الربا كالذرع، ولهذا لم تكن المساواة فيها شرطاً لجواز العقد كما لا تشترط في المذروعات فكان حكمه حكم المذروع، ولأبي حنيفة رحمه الله: أن القدر في المعدود معقود عليه كالقدر في المكيل والموزون.

ألا ترى أنه لو عده فوجده زائداً لا تطيب الزيادة له بلا ثمن بل يردها أو يأخذها بثمنها، ولو وجده ناقصاً يرجع بقدر النقصان كما في المكيل والموزون دل أن القدر فيه معقود عليه، واحتمال الزيادة والنقصان في عدد المبيع ثابت فلا بد من معرفة قدر المعقود عليه وامتيازه من غيره ولا يعرف قدره إلا بالعد فأشبه المكيل والموزون، ولهذا كان العد فيه بمنزلة المكيل والموزون في ضمان العدوان إلا أنه لم يَجْرِ فيه الربا، لأن المساواة بين واحد وواحد في العد ثبتت باصطلاح الناس وإهدارهم التفاوت بينهما في الصغر والكبر لكن ما ثبت باصطلاح الناس جاز أن يبطل باصطلاحهم ولما تبايعا واحداً باثنين فقد أهدرا اصطلاح الإهدار واعتبرا الكبر لأنها قصد البيع الصحيح ولا صحة إلا باعتبار الكبر وسقوط العد فكان أحدهما من أحد الجانبين/ بمقابلة الكبير من الجانب الآخر فلا يتحقق الربا. [أ/١٢٩/م]

أما ههنا فلا بد من اعتبار العد إذا بيع عدداً، وإذا اعتبر العد لا يجوز التصرف فيه قبل القبض كما في المكيل والموزون بخلاف المذروع، فإن القدر فيه ليس بمعقود عليه على ما بينا فكانت التخلية فيه قبضاً تاماً فكان تصرفاً في المبيع المنقول بعد القبض وأنه جائز والله عز وجل أعلم.

ولو كاله البائع أو وزنه بحضرة المشتري كان ذلك كافياً ولا يحتاج إلى إعادة الكيل لأن المقصود يحصل بكيله مرة واحدة بحضرة المشتري، وما روي عن رسول الله ﷺ «أنه نهى عَنْ بَيعِ الطعامِ حَتَّى يجريَ فِيْهِ

صَاعَان: صاعُ البَائِعِ وصاعُ المُشْتَري»[1] محمول على موضع مخصوص وهو ما إذا اشترى مكيلاً مكايلة فاكتاله ثم باعه من غيره مكايلة لم يجز لهذا المشتري التصرف فيه حتى يكيله وإن كان هو حاضراً عند اكتيال بائعه فلا يُكْتَفَىٰ بذلك.

وكذلك إذا أسلم إلى رجل في حنطة فلما حل الأجل اشترى المسلم إليه قدر المسلم فيه من رجل مكايلة وأمر رب السلم باقتضائه فإنه لا يجوز له التصرف فيه ما لم يكله مرتين: مرة للمسلم إليه ومرة لنفسه بالنص، ولو كان مكان السلم قرض بأن استقرض المستقرض كِراً من إنسان وأمر المقرض بقبض الكر فإنه يُكْتَفَىٰ فيه بكيل واحد للمشتري والمستقرض.

ووجه الفرق: أن الكيل والوزن فيما عقد بشرط الكيل والوزن في المكيل والموزون شرط جواز التصرف فيهما لأنه من تمام القبض على ما بينا، والسلم عقد بشرط الكيل والمسلم إليه اشترى بشرط الكيل فلا بد من أن يكيل رب السلم أولاً للمُسلمِ إليه ليصير قابضاً له فجعل كأن المسلم إليه قبضه بنفسه من البائع ثم يكيل لنفسه من المسلم إليه، فأما قبض بدل القرض فليس بشرط لجواز التصرف فيه، لأن القبض بالكيل في باب البيع لاندفاع جهالة المعقود عليه بتميز حق المشتري عن حق البائع والقرض يقبل نوع جهالة فلا يشترط له القبض ولأن الإقراض إعارة عندنا فالمقبول من بدل القرض كأنه عين حقه فصار كما لو أعار عيناً ثم استردها فيصح قبضه بدون الكيل وإنما يجب كيل واحد للمشتري لا غير والله عز وجل أعلم.

وأما بيان ما يصير به المشتري قابضاً للمبيع من التصرفات وما لا يصير به قابضاً فنقول وبالله التوفيق: المبيع لا يخلو إما أن يكون في يد البائع وإما أن يكون في يد/ المشتري، فإن كان في يد البائع فأتلفه [ب/١٢٩/م] المشتري صار قابضاً له لأنه صار قابضاً بالتخلية فبالإتلاف أولى، لأن التخلية تمكين من التصرف في المبيع والإتلاف تصرف فيه حقيقة والتمكين من التصرف دون حقيقة التصرف.

وكذلك لو قطع يده أو شج رأسه، وكل تصرف نقص شيئاً، لأن هذه الأفعال في الدلالة على التمكين فوق التخلية ثم بالتخلية صار قابضاً فيها أولى، وكذلك لو فعل البائع شيئاً من ذلك بأمر المشتري لأن فعله بأمر المشتري بمنزلة فعل المشتري بنفسه.

ولو أعتقه المشتري يصير قابضاً، لأن الإعتاق إتلاف حكماً فيلحق بالإتلاف حقيقة، وكذا لو دبره أو استولد الجارية أي أقر أنها أم ولد له، لأن التدبير أو الاستيلاد تنقيص حكماً فكان ملحقاً بالتنقيص حقيقة، ولو زوج المبيع بأن كان جاريةً أو عبداً فالقياس أن يصير قابضاً، وهو رواية عن أبي يوسف، وفي الاستحسان لا يصير قابضاً.

وجه القياس: أن التزوج تعييب، ألا ترى أن الزوجية عيب يرد بها وإذا كانت الزوجية عيباً كان التزوج تعييباً والتعييب قبض.

وجه الاستحسان: أنه تعييب حكماً لا حقيقة لأنه لا يوجب نقصان المحل ولا نقصان الملك فيه فلا

---

(١) تقدم تخريجه.

يصير به قابضاً، وكذا لو أقر عليه بالدين فالقياس أن يصير قابضاً، لأن الدين عيب حتى يرد به، وفي الاستحسان لا يصير قابضاً لأنه تعييب حكمي وأنه لا يوجب النقصان فلا يكون قبضاً.

ولو وطئها الزوج في يد البائع صار المشتري قابضاً لأن الوطء إثبات اليد على الموطوءة وأنه حصل من الزوج بتسليط المشتري فكان من حيث إنه إثبات اليد مضافاً إلى المشتري فكان قابضاً من المشتري.

ولو أعار المشتري المبيع للبايع أو أودعه أو آجره لم يكن شيء من ذلك قبضاً، لأن هذه التصرفات لم تصح من المشتري لأن يد الحبس بطريق الأصالة ثابتة للبايع فلا يتصور إثبات يد النيابة له بهذه التصرفات فلم تصح والتحقت بالعدم، ولو أعاره أو أودعه أجنبياً صار قابضاً، لأن الإعارة والإيداع إياه صحيح فقد أثبت يد النيابة لغيره فصار قابضاً.

[١/١٣٠م] ولو أرسل المشتري العبد المبيع إلى حاجة صار قابضاً، لأن إرساله في الحاجة استعمال له بدليل/ أنه صار راضياً به واستعماله إياه إثبات يده عليه وهو معنى القبض.

ولو جنى أجنبي على المبيع فاختار المشتري اتباع الجاني بالضمان كان اختياره بمنزلة القبض عند أبي يوسف.

وعند محمد: لا يكون حتى لو تَوَى الضمان على الجاني بأن مات مفلساً كان التَوَى على المشتري ولا يبطل البيع عند أبي يوسف ويتقرر عليه الثمن.

وعند محمد: يبطل البيع والتَوَى على البايع ويسقط الثمن عن المشتري.

وكذا لو استبدل المشتري الضمان ليأخذ مكانه من الجاني شيئاً آخر جاز عند أبي يوسف.

وعن محمد: لا يجوز، لأن هذا تصرف في المعقود عليه قبل القبض لأن القيمة قائمة مقام العين المستهلكة والتصرف في المعقود عليه قبل القبض لا يجوز لا من البايع ولا من غيره.

وكذا المبيع إذا كان مصوغاً من فضة اشتراها بدينار فاستهلك المصوغ أجنبي قبل القبض فاختار المشتري أن يتبع الجاني بالضمان ونقد الدينار البايع فافترقا قبل قبض ضمان المستهلك لا يبطل الصرف بينهما عند أبي يوسف، لأن اختياره تضمين المستهلك بمنزلة القبض عنده، وعند محمد: يبطل الصرف لعدم القبض.

وجه قول محمد: أن الضمان حكم العين لأن قيمة العين قائمة مقامها، ولهذا بقي العقد على القيمة بعد استهلاك العين، ثم العين لو كانت قائمة فهلكت قبل القبض كان الهلاك على البايع ويبطل البيع ويسقط الثمن عن المشتري فكذا القيمة ولأبي يوسف: أن جناية الأجنبي حصلت بإذن المشتري وأمره دلالةً فيصير قابضاً كما لو فعل بنفسه.

وبيان ذلك: أن اختيار المشتري اتباع الجاني بالضمان تمليك من المضمون، لأن المضمونات تملك باختيار الضمان مستنداً إلى وقت سبب الضمان فيصير كأن الجناية حصلت بأمر المشتري فيصير قابضاً، لأن فعل الأجنبي بأمر المشتري بمنزلة فعل المشتري بنفسه.

ولو أمر المشتري البائع أن يعمل في المبيع عملاً؛ فإن كان عملاً لا ينقصه كالقصارة والغسل بأجر أو بغير أجر لا يصير قابضاً، لأن التصرف الذي لا يوجب نقصان المحل مما يملكه البائع باليد الثابتة، كما إذا نقله من مكان إلى مكان فكان الأمر به استيفاء/ لملك اليد فلا يصير به قابضاً وتجب الأجرة على المشتري إن كان بأجر لأن الإجارة قد صحت، لأن العمل على البائع ليس بواجب فجاز أن تقابله الأجرة، وإن كان عملاً ينقصه يصير قابضاً، لأن تنقيصه إتلاف جزء منه وقد حصل بأمره فكان مضافاً إليه كأنه فعله بنفسه، والله عز وجل أعلم. [ب/١٣٠م]

وعلى هذا يخرج ما إذا أسلم في كر حنطة فلما حل الأجل أمر رب السلم المسلم إليه أن يكيله في غرائر المسلم إليه أو دفع إليه غرائره وأمره أن يكيله فيها ففعل أنه إن كان رب السلم حاضراً يصير قابضاً بالتخلية وإن كان غائباً لا يصير قابضاً لأن الحنطة التي يكيلها المسلم إليه ملكه لا ملك رب السلم، لأن حقه في الدين لا في العين فلم يصح أمر المشتري إياه بكيلها فلم يصر وكيلاً له فلا تصير يده يد رب السلم، سواء كانت الغرائر للمسلم إليه أو لرب السلم لأن يد رب السلم عن الغرائر قد زالت، فإذا كال فيها الحنطة لم تصر في يد رب السلم فلا يصير قابضاً وكذا لو استقرض من رجل كراً ودفع إليه غرائره ليكيله فيها ففعل وهو غائب لا يصير قابضاً لأن القرض لا يملك قبل القبض فكان الكر على ملك المقرض فلم يصح أمر المستقرض إياه بكيله فلا يصير وكيلاً له فلا تصير يده يد المستقرض كما في السلم.

ولو اشترى من إنسان كراً بعينه ودفع غرائره وأمره بأن يكيل فيها ففعل صار قابضاً، سواء كان المشتري حاضراً أو غائباً لأن المعقود عليه معين وقد ملكه المشتري بنفس العقد فصح أمر المشتري لأنه تناول عيناً هو ملكه فصح أمره وصار البايع وكيلاً له وصارت يده يد المشتري، وكذلك الطحن إذا طحنه المسلم إليه بأمر رب السلم لم يصر قابضاً.

ولو طحنه البائع بأمر المشتري صار قابضاً، لأن الطحن بمنزلة الكيل في الغرائر. ولو استعار المشتري من البائع غرائره وأمره بأن يكيله فيها ففعل؛ فإن كان المشتري حاضراً يصير قابضاً بالتخلي بالإجماع، وإن كان غائباً لا يصير قابضاً عند محمد ما لم يسلم الغرائر إليه، سواء كانت الغرائر بغير عينها أو بعينها. وقال أبو يوسف: إن كانت بعينها صار المشتري قابضاً بنفس الكيل فيها وإن كانت بغير عينها بأن قال: أعرني غرارة وكل فيها لا يصير قابضاً.

وجه قول محمد: أنَّ الغرائر عارية في الوجهين جميعاً/ ولم يقبضها والعارية لا حكم لها بدون القبض فبقيت في يد البائع فبقي ما فيها في يد البايع أيضاً فلا يصير في يد المشتري قابضاً إلا بتسليم الغرائر إليه. [أ/١٣١م]

ولأبي يوسف: الفرق بين حالة التعيين وعدم التعيين، وهو أنَّ الغرائر إذا كانت معينة مشاراً إليها، فإن لم يمكن تصحيح التعيين من حيث كونه استعارة يمكن تصحيحه من حيث إقامتها مقام يده، وإذا لم تكن متعينة فلا وجه للإعارة بوجه، وقول محمد أظهر والله عز وجل أعلم.

ولو اشترى كراً بعينه وله على البايع كر دين فأعطاه جولقاً وقال له كلهما فيه ففعل صار قابضاً لهما سواء كان المبيع أولاً أو الدين. وهذا قول أبي يوسف. وقال محمد: إن كان المبيع أولاً يصير قابضاً لهما

كما قال أبو يوسف، وإن كان الدين أولاً لم يصر قابضاً للدين وكان قابضاً للعين وكانا شركين فيه.

وجه قول محمد: أن نفس الكيل في الدين ليس بقبض لما ذكرنا فإذا بدأ بكيله لم يصر المشتري قابضاً له فإذا كاله بعده فقد خلط ملك المشتري بملك نفسه فيشتركان في المخلوط ونفس الكيل في العين قبض فإذا بدأ بكيله صار المشتري قابضاً له ثم إذا كان الدين بعده فقد استهلك العين بالخلط فقام ذلك الدين مقام العين فصار قابضاً له.

وجه قول أبي يوسف: أن البائع خلط ملك المشتري بملك نفسه في الحال بأمر المشتري فكان مضافاً إلى المشتري، والخلط من أسباب التملك في الجملة فيملك المشتري الدين بالخلط وقد جعله في غرائره بأمره فصار قابضاً له، والله عز وجل أعلم.

ولو باع قُطناً في فراش أو حنطة في سنبل وسلم كذلك فإن أمكن المشتري قبض القطن أو الحنطة من غير فتق الفراش أو دق السنبل صار قابضاً له لحصول معنى القبض وهو التخلي والتمكن من التصرف، وإن لم يمكنه إلا بالفتق والدق لم يصر قابضاً له، لأنه لا يملك الفتق أو الدق، لأنه تصرف في ملك البائع وهو لا يملك التصرف في ملكه فلم يحصل التمكن والتخلي فلا يصير قابضاً ولو باع الثمرة على الشجرة وسلم كذلك صار قابضاً لأنه يمكنه الجذاذ من غير تصرف في ملك البائع فحصل التخلي بتسليم الشجر فكان قبضاً، بخلاف بيع القطن في الفراش والحنطة في السنبل، ولهذا قالوا إنَّ أجرة الجذاذ على المشتري وأجرة الفتق والدق على البائع إذا كان المشتري لا يمكنه القبض إلا به، لأنه صار قابضاً للثمن بتسليم الشجر فكان الجاذ عاملاً للمشتري فكانت الأجرة عليه ولم/ يحصل القبض بتسليم الفراش والسنبل فكان الفتق والدق [ب/١٣١/م] على البائع مما يتحقق به التسليم فكانت أجرته عليه.

هذا إذا كان المبيع في يد البائع وقت البيع، فأما إذا كان في يد المشتري فهل يصير قابضاً للبيع بنفس العقد أم يحتاج فيه إلى تجديد القبض؟ فالأصل فيه أن الموجود وقت العقد إن كان مثل المستحق بالعقد ينوب منابه، وإن لم يكن مثله، فإن كان أقوى من المستحق ناب عنه وإن كان دونه لا ينوب، لأنه إذا كان مثله أمكن تحقيق التناوب، لأن المتماثلين غيران ينوب كل واحد منهما مناب صاحبه ويسد مسده، وإن كان أقوى منه يوجد فيه المستحق وزيادة، وإن كان دونه لا يوجد فيه إلا بعض المستحق فلا ينوب عن كله.

وبيان ذلك في مسائل وجملة الكلام فيها: أن يد المشتري قبل الشراء إما إن كانت يد ضمان وإما إن كانت يد أمانة، فإن كانت يد ضمان، فإما إن كانت يد ضمان بنفسه وإما إن كانت يد ضمان بغيره، فإن كانت يد ضمان بنفسه كيَدِ الغَاصِبِ يصير المشتري قابضاً للمبيع بنفس العقد ولا يحتاج إلى تجديد القبض، سواء كان المبيع حاضراً أو غائباً، لأن المغصوب مضمون بنفسه والمبيع بعد القبض مضمون بنفسه فتجانس القبضان فناب أحدهما عن الآخر، لأن التجانس يقتضي التشابه والمتشابهان ينوب كل واحد منهما مناب صاحبه ويسد مسده سواء كان المبيع حاضراً أو غائباً، لأن يد الغاصب في الحالين يد ضمان وإن كان يده يد ضمان لغيره كيد الرهن بأن باع الراهن المرهون من المرتهن فإنه لا يصير قابضاً، إلا أن يكون الرهن حاضراً أو يذهب إلى حيث الرهن ويتمكن من قبضه، لأن المرهون ليس بمضمون بنفسه بل بغيره وهو الدين والمبيع

مضمون بنفسه فلم يتجانس القبضان فلم يتشابها فلا ينوب أحدهما عن الآخر. ولأن الرهن أمانة في الحقيقة فكان قبضه قبض أمانة. وإنما يسقط الدين بهلاكه لمعنى آخر لا لكونه مضموناً على ما عرف. وإذا كان أمانة فقبض الأمانة لا ينوب عن قبض الضمان كقبض العارية والوديعة.

وإن كانت يد المشتري يد أمانة كيد الوديعة والعارية لا يصير قابضاً إلا أن يكون بحضرته أو يذهب إلى حيث يتمكن من قبضه/ بالتخلي؛ لأن يد الأمانة ليست من جنس يد الضمان فلا يتناوبان والله عز وجل أعلم. [أ/١٣٢م]

ولو اختلف البائع والمشتري في قبض المبيع فقال البائع: قبضته.

وقال المشتري: لم أقبضه، فالقول قول المشتري لأن البايع يدعي عليه وجود القبض وتقرر الثمن وهو ينكر؛ ولأن عدم القبض أصل والوجود عارض فكان المشتري متمسكاً بالأصل والبايع يدعي أمراً عارضاً فكان الظاهر شاهداً للمشتري فكان القول قوله مع يمينه.

وكذا إذا قبض بعضه واختلفا في قدر المقبوض فالقول قول المشتري لما قلنا ولو اختلفا في قبض الثمن فالقول قول البائع لما قلنا في قبض المبيع والله أعلم.

ولو اختلفا فقال البائع للمشتري قطعت يده فصرت قابضاً، وقال المشتري للبائع أنت قطعت يده وانفسخ البيع فيه لم يقبل قول كل واحد منهما على صاحبه ويجعل كأن يده ذهبت بآفة سماوية لتعارض الدعوتين وانعدام دليل الترجيح لأحدهما فلا يكون قول أحدهما بالقبول على صاحبه أولى من قول الآخر فلا يقبل، ويجعل كأنها ذهبت بآفة سماوية ويخير المشتري لتغير المبيع قبل القبض، فإن شاء أخذ الباقي بجميع الثمن وإن شاء رده على البائع، فإن اختار الأخذ يحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه ويأخذ. كذا ذكر القدوري رحمه الله في «شرحه».

أما تحليف البائع فلا إشكال فيه لأن المشتري يدعي عليه سقوط بعض الثمن وهو ينكر فيحلف، لأنه إذا حلف لا يسقط عن المشتري شيء من الثمن فكان تحليفه مفيداً.

وأما تحليف المشتري فمشكل لأنه لا يفيد شيئاً لأنه يأخذه بعد الحلف بكل الثمن، وهذا فيما إذا اختار المشتري الرد على البائع، لأنه لا يحلف البائع بل يحلف المشتري وحده، لأن تحليف البائع لا يفيده شيئاً حيث يرده عليه. وكذلك لو كان المبيع مما يكال أو يوزن فذهب بعضه فاختلفا، فقال البائع للمشتري أنت أكلت، وقال المشتري للبائع مثل ذلك إنه لا يقبل قول واحد منهما على صاحبه ويجعل كأنه ذهب بعضه بآفة سماوية لما قلنا، ويخير المشتري لتفرق الصفقة، إلا أن هناك إن اختار الأخذ أخذ الباقي بما بقي من الثمن لأن القدر في المكيل والموزون معقود عليه فكان له حصة من الثمن، / والأطراف من الحيوان جارية مجرى [ب/١٣٢م] الأوصاف فلا يقابلها الثمن إلا إذا صارت مقصودة بالقبض أو بالجناية على ما بينا فيما تقدم.

وذكر القدوري رحمه الله ههنا أيضاً: أنه يحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه ويأخذ، ولا إشكال ههنا في تحليف المشتري، لأن التحليف مفيد في حقه، لأن البائع يدعي عليه كل الثمن وهو ينكر، فيندفع عنه لزوم كل الثمن بالحلف فكان مفيداً. وأما تحليف البائع ففيه إشكال لأن المشتري يدعي عليه سقوط

بعض الثمن وذا حاصل له من غير تحليفه فلم يكن تحليفه مفيداً في حقه فينبغي أن لا يحلف. وإن اختار الرد على البائع حلف المشتري وحده دون البائع لما قلنا، فإن أقام أحدهما البينة قبلت بينته لأنها قامت على أمر جائز الوجود، وإن أقاما البينة فالبينة بينة البائع لأنها مثبتة. ألا ترى أنها توجب دخول السلعة في ضمان المشتري وتقرر الثمن عليه وبينة المشتري نافية فالمثبتة أولى. والله عز وجل أعلم.

ومنها: ثبوت حق الحبس للمبيع لاستيفاء الثمن وهذا عندنا. وقال الشافعي[1] رحمه الله في قول يسلمان معاً وفي قول يسلم المبيع أولاً ثم يسلم الثمن. أما قوله الأول فبناء على أصله الذي ذكرنا فيما تقدم، وهو أن الثمن والمبيع من الأسماء المترادفة عنده، ويتعين كل واحد منهما بالتعيين، فكان كل ثمن مبيعاً، وكل مَبِيعٍ ثمناً.

وأما قوله الثاني: وهو أن في تقديم تسليم المبيع صيانة العقد عن الانفساخ بهلاك المبيع وليس ذلك في تقديم تسليم الثمن، لأنه لو هلك المبيع قبل القبض ينفسخ العقد وإن قبض الثمن، فكان تقديم تسليم المبيع أولى صيانة للعقد عن الانفساخ ما أمكن.

ولنا: قوله عليه الصلاة والسلام: «الدَّين مقضي»[2] وصف عليه الصلاة والسلام الدين بكونه مقضياً عاماً أو مطلقاً، فلو تأخر تسليم الثمن عن تسليم المبيع لم يكن هذا الدين مقضياً وهذا خلاف النص.

وروي عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال: «ثَلاثٌ لا يؤخَّرْن: الجنازة إذا حَضَرتْ، والأيم إذا وجدت لها كفء‌اً والدينُ إذا وجدْتَ مَا يقضيهِ»[3] وتقديم تسليم المبيع تأخير الدين وإنه منفي بظاهر النص، ولأن المعاوضات مبناها على المساواة عادة/ وحقيقة ولا تتحقق المساواة إلا بتقديم تسليم الثمن لأن المبيع متعين قبل التسليم والثمن لا يتعين إلا بالتسليم على أصلنا فلا بد من تسليمه أولاً تحقيقاً للمساواة. [١٣٣/أ/م]

وقوله فيما قلته صيانة للعقد عن الانفساخ بهلاك المبيع. قلنا هلاكه قبل تسليم الثمن نادر، والنادر ملحق بالعدم فيلزم اعتبار معنى المساواة، ثم الكلام في هذا الحكم في موضعين:

أحدهما: في بيان شرط ثبوت هذا الحكم. والثاني في بيان ما يبطل به بعد ثبوته. أما شرط ثبوته فشيئان:

أحدهما: أن يكون أحد البدلين عيناً والآخر ديناً، فإن كانا عينين أو دينين فلا يثبت حق الحبس بل يسلمان معاً لما ذكرنا فيما تقدم.

والثاني: أن يكون الثمن حالاً فإن كان مؤجلاً لا يثبت حق الحبس لأن ولاية الحبس تثبت حقاً للبائع لطلبة المساواة عادة لما بينا، ولما باع بثمن مؤجل فقد أسقط حق نفسه فبطلت الولاية.

ولو كان الثمن مؤجلاً في العقد فلم يقبض المشتري المبيع حتى حل الأجل فله أن يقبضه قبل نقد

---

(١) انظر «الأم» (٤/ ٢٧٥).

(٢) أخرجه البيهقي (٦/ ٢٦٧).

(٣) رواه أحمد (١/ ١٠٥) والترمذي (١/ ٣٢٠) عن علي رضي الله عنه.

الثمن وليس للبائع حق الحبس لأنه أسقط حق نفسه بالتأجيل والساقط متلاشٍ فلا يحتمل العود. وكذلك لو طرأ الأجل على العقد بأن أخر الثمن بعد العقد فلم يقبض البائع حتى حل الأجل له أن يقبضه قبل نقد الثمن ولا يملك البائع حبسه لما قلنا.

ولو باع بثمن مؤجل فلم يقبض المشتري حتى حل الأجل هل له أجل آخر في المستقبل؟.

ينظر إن ذكرا أجلاً مطلقاً بأن ذكرا سنة مطلقة غير معينة فله أجل آخر هو سنة أخرى من حين يقبض المبيع عند أبي حنيفة، وعند أبي يوسف ومحمد الثمن حال وليس له أجل آخر.

وإن ذكرا أجلاً بعينه بأن باعه إلى رمضان فلم يقبضه المشتري حتى مضى رمضان صار الثمن حالاً بالإجماع.

وجه قولهما: أن السنة المطلقة تنصرف إلى سنة تعقب العقد بلا فصل فإذا مضت انتهى الأجل، كما لو عين الأجل نصاً. ولأبي حنيفة رحمه الله أن الأصل في الثمن شرع نظراً للمشتري لينتفع بالمبيع في الحال مع تأخير المطالبة بالثمن ولن يحصل هذا الغرض له إلا وأن يكون اعتبار الأجل من وقت قبض المبيع فكان هذا تأجيلاً من هذا الوقت دلالةً بخلاف ما إذا عين الأجل لأنه/ نص على تعينه فوجب اعتبار المنصوص عليه إذ [ب/١٣٣/م] لا دلالة مع النص بخلافها.

ولو كان في البيع خيار الشرط لهما أو لأحدهما والأجل مطلق فابتداء الأجل من حين وجوب العقد وهو وقت سقوط الخيار لا من حين وجوده، لأن تأجيل الثمن هو تأخيره عن وقت وجوبه ووقت وجوبه هو وقت العقد وانبرامه لا قبله إذ لا وجوب للثمن قبله والله عز وجل أعلم.

وأما بيان ما يبطل به حق الحبس بعد ثبوته وما لا يبطل فنقول وبالله التوفيق: إذا أخر الثمن بعد العقد بطل حق الحبس لأنه أخر حق نفسه في قبض الثمن فلا يتأخر حق المشتري في قبض المبيع. وكذا المشتري إذا نقد الثمن كله أو أبرأه البائع عن كله بطل حق الحبس لأن حق الحبس لاستيفاء الثمن واستيفاء الثمن ولا ثمن محال. ولو نقد الثمن كله إلا درهماً كان له حق حبس المبيع جميعه لاستيفاء الباقي لأن المبيع في استحقاق الحبس بالثمن لا يتجزأ فكان كل المبيع محبوساً بكل جزء من أجزاء الثمن. وكذلك لو باع شيئين صفقة واحدة وسمى لكل واحد منهما ثمناً فنقد المشتري حصة أحدهما كان للبائع حبسهما حتى يقبض حق الآخر لما قلنا، ولأن قبض أحدهما دون الآخر تفريق الصفقة الواحدة في حق القبض والمشتري لا يملك تفريق الصفقة الواحدة في حق القبول بأن يقبل الإيجاب في أحدهما دون الآخر فلا يملك التفريق في حق القبض أيضاً، لأن للقبض شبهاً بالعقد.

وكذلك لو أبرأه من حصة أحدهما فله حبس الكل لاستيفاء الباقي لما ذكرنا وكذلك لو باع من اثنين فنقد أحدهما حصته كان له حق حبس المبيع حتى يقبض ما على الآخر.

وروي عن أبي يوسف رحمه الله في «النوادر» أنه إذا نقد أحدهما نصف الثمن يأخذ نصف المبيع.

ووجهه: أن الواجب على كل واحد منهما نصف الثمن فإذا أدى النصف فقد أدى ما وجب عليه فلا

معنى لتوقف حقه في قبض المبيع على أداء صاحبه ولأنه لو توقف وصاحبه مختار في الأداء قد يؤدي وقد لا يؤدي فيفوت حقه أصلاً ورأساً وهذا لا يجوز، ولهذا جعل التخلية والتخلي تسليماً وقبضاً في الشرع على ما ذكرنا فيما تقدم.

[١٣٤/أ/م] وجه ظاهر/ الرواية على نحو ما ذكرنا أن المبيع في حق الاستحقاق لحبس الثمن لا يحتمل التجزي فكان استحقاق بعضه استحقاق كله وما ذكرنا أن الصفقة واحدة فلا تحتمل التفريق في البعض كما لا تحتمله في القبول، فإن غاب أحدهما لم يجبر الآخر على تسليم كل الثمن، لأن الواجب على كل واحد منهما نصف الثمن لا كله فلا يؤاخذ بتسليم كله، فإن اختار الحاضر ذلك ونقد كل الثمن وقبض المبيع هل يكون متبرعاً فيما تقدم أم لا؟ اختلف فيه:

قال أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله: لا يكون متبرعاً فيما نقد وله أن يحبسه عن الشريك الغائب حتى يستوفي ما نقد عنه. وقال أبو يوسف رحمه الله هو متبرع في حصته.

وجه قوله ظاهر: لأنه قضى دين غيره بغير أمره فكان متبرعاً كما في سائر الديون، ولهما أنه قضى دين صاحبه بأمره دلالة فلا يكون متبرعاً، كما لو قضاه بأمره نصاً. ودلالة ذلك أنه لما غاب قبل نقد الثمن مع علمه أن صاحبه استحق قبض نصيبه من المبيع بتسليم حصته من الثمن ولا يمكنه الوصول إليه إلا بتسليم كل الثمن كان إذناً له بتسليم حصته من الثمن فكان قاضياً دينه بأمره دلالة فلم يكن متطوعاً وصار هذا كمن أعار ماله إنساناً ليرهنه بدينه فرهن ثم افتكه الغير من مال نفسه لا يكون تبرعاً ويرجع على الراهن لأن الراهن لما علم أنه علق مال الغير بدينه ولا يزول العلوق إلا بانفكاكه فكان إذناً له بالفكاك دلالة كذا هذا وله حق حبس العبد إلى أن يستوفي ما نقد عنه، كما لو نقد بأمره نصاً، ولو أدى جميع الثمن وقبض العبد ثم هلك في يده قبل الحبس يرجع على شريكه بنصف الثمن لأنه أدى عنه بأمره دلالة على ما ذكرنا والله عز وجل أعلم.

والرهن بالثمن والكفالة به لا يبطلان حق الحبس لأنهما لا يسقطان الثمن عن ذمة المشتري ولا حق المطالبة به فكانت الحاجة إلى تعيينه بالقبض قائمة فيبقى حق الحبس لاستيفائه وأما الحوالة بالثمن فهل تبطل حق الحبس قال أبو يوسف تبطل سواء كانت الحوالة من المشتري بأن أحال المشتري البائع بالثمن على إنسان وقبل المحال عليه الحوالة أو من البائع بأن أحال البائع غريماً له على المشتري/ . [١٣٤/ب/م]

وقال محمد: إن كانت الحوالة من المشتري لا تبطل وللبائع أن يحبس المبيع حتى يستوفي الثمن من المحال عليه، وإن كانت من البائع فإن كانت مطلقة لا تبطل أيضاً، وإن كانت مقيدة بما عليه تبطل، فأبو يوسف أراد بقاء الحبس على بقاء الدين في ذمة المشتري وذمته برئت من دين المحيل بالحوالة فيبطل حق الحبس، ومحمد اعتبر بقاء حق المطالبة لبقاء حق الحبس، وحق المطالبة لم يبطل بحوالة المشتري. ألا ترى أن له أن يطالب المحال عليه فلم يبطل حق الحبس وبطلت حوالة البائع إذا كانت مقيدة بما على المحال عليه فبطل حق الحبس. والصحيح اعتبار محمد لأن حق الحبس في الشرع يدور مع حق المطالبة بالثمن لا مع قيام الثمن في ذاته، بدليل أن الثمن إذا كان مؤجلاً لا يثبت حق الحبس والثمن في ذمة المشتري قائم وإنما سقطت المطالبة دل أنَّ حق الحبس يتبع حق المطالبة بالثمن لا قيام الثمن في ذاته وحق المطالبة في حوالة

المشتري، وحوالة البائع إذا كانت مطلقة فكان حق الحبس ثابتاً وفي حوالة البائع إذا كانت مقيدة ينقطع فلم ينقطع حق الحبس.

وعلى هذا الخلاف إذا أحال الراهن المرتهن بدينه على رجل أو أحال المرتهن غريماً له بدينه على الراهن حوالة مطلقة أو مقيدة أنه يبطل حق المرتهن في حق حبس الرهن عند أبي يوسف.

وعند محمد: لا يبطل في حوالة الراهن، وكذا في حوالة المرتهن إذا كانت مطلقة وإن كانت مقيدة تبطل.

ولو أعار البائع المبيع للمشتري أو أودعه بطل حق الحبس حتى لا يملك استرداده في ظاهر الرواية.

وروي عن أبي يوسف: أنه لا يبطل وللبائع أن يسترده.

وجه هذه الرواية: أن عقد الإعارة والإيداع ليس بعقد لازم فكان له ولاية الاسترداد كالمرتهن إذا أعار الرهن من الراهن أو أودعه إياه له أن يسترده لما قلنا كذا هذا.

وجه ظاهر الرواية: أن الإعارة والإيداع أمانة في يد المشتري وهو لا يصلح نائباً عن البائع في اليد لأنه أصل في الملك فكان أصلاً في اليد فإذا وقعت العارية أو الوديعة في يده وقعت بجهة الأصالة وهي يد الملك ويد الملك يد لازمة فلا يملك إبطالها بالاسترداد وبخلاف/ الرهن، فإن المرتهن في اليد الثابتة بعقد الرهن [أ/١٣٥م] بمنزلة الملك فيمكن تحقيق معنى الإنابة ويد النيابة لا تكون لازمة فملك الاسترداد.

ولو قبض المشتري المبيع بإذن البائع بطل حق الحبس حتى لا يملك الاسترداد لأنه أبطل حقه بالإذن بالقبض، ولو قبض بغير إذنه لم يبطل وله أن يسترده، لأن حق الإنسان لا يجوز إبطاله عليه من غير رضاه.

ولو كان المشتري تصرف فيه نظر في ذلك إن كان تصرفاً يحتمل الفسخ كالبيع والهبة والرهن والإجارة والأمهار فسخه واسترده لأنه تعلق به حقه، وإن كان تصرفاً لا يحتمل الفسخ كالإعتاق والتدبير والاستيلاد لا يملك الاسترداد، لأن الاسترداد والإعارة إلى الحبس؛ إما إن كان مع نقض هذه التصرفات، وإما إن كان مع قيامها لا سبيل إلى الأول، لأن هذه التصرفات لا تحتمل النقض ولا سبيل إلى الثاني لأنها إذا بقيت كانت الإعادة إلى الحبس حبس الجزء من كل وجه أو من وجه دون وجه، وكل ذلك لا يجوز فبطل حق الحبس أصلاً، ولو نقد المشتري الثمن فوجده البائع زيوفاً أو ستوقاً أو مستحقاً أو وجد بعضه كذلك، فهذا لا يخلو إما أن يكون المشتري قبض المبيع، وإما أن يكون لم يقبض، فإن كان لم يقبضه كان له حق الحبس في الفصول كلها لأنه تبين أنه ما استوفىٰ حقه، وإن كان قبضه المشتري ينظر إن كان قبضه بغير إذن البائع فللبائع أن يسترده في الفصول كلها لما قلنا.

وكذلك إن كان المشتري تصرف في المبيع فللبائع أن يفسخ تصرفه ويسترد المبيع إلا إذا كان تصرفاً لا يحتمل الفسخ فلا يفسخ ويطالب المشتري بالثمن فلو نقد المشتري الثمن قبل أن يفسخ التصرف الذي يحتمل الفسخ لا يفسخ، لأنه لما نقد الثمن فقد بطل حقه في الحبس فبطل حق الفسخ والاسترداد، وإن كان

قبضه بإذن البائع ينظر إن وجده زيوفاً فردها لا يملك استرداد المبيع عند أصحابنا الثلاثة، وعند زفر له أن يسترد وهو قول أبي يوسف.

وجه قول زفر: أن البائع ما رضي بزوال حق الحبس إلا بوصول حقه إليه وحقه في الثمن السليم لا في [ب/١٣٥/م] المعيب/ فإذا وجده معيباً فلم يسلم له حقه فكان له أن يسترد المبيع حتى يستوفي حقه كالراهن إذا قضىٰ دين المرتهن وقبض الرهن ثم إن المرتهن وجد المقبوض زيوفاً كان له أن يرده ويسترد الرهن لما قلنا كذا هذا.

ولنا: أن البائع يسلم المبيع بعد استيفاء جنس حقه فلا يملك الاسترداد بعد ما استوفى حقه، ودلالة ذلك أن الزيوف جنس حقه من حيث الأصل وإنما الفائت صفة الجودة بدليل أنه لو تجوز به في الصرف والسلم جاز، ولو لم يكن من جنس حقه لما جاز لأنه يكون استبدالاً ببدل الصرف والسلم وأنه لا يجوز وإذا كان المقبوض جنس حقه فتسلم المبيع بعد استيفاء جنس الحق يمنع من الاسترداد بخلاف الرهن، لأن الارتهان استيفاء لحقه من الرهن والافتكاك إيفاء من مال آخر، فإذا وجد زيوفاً تبين أنه ما استوفىٰ حقه فكان له ولاية الاسترداد.

والدليل على التفرقة بين الرهن والبيع: أنه لو أعار المبيع المشتري بطل حق الحبس حتى لا يملك استرداده، ولو أعار المرهون الراهن لا يبطل حق الحبس وله أن يسترده، فإن وجده ستوقاً أو رصاصاً أو مستحقاً وأخذ منه له أن يرد بخلاف الزيوف لأن البائع إنما أذن للمشتري بالقبض على أنه استوفىٰ حقه، وتبين أنه لم يستوف أصلاً ورأساً لأن الستوق والرصاص ليسا من جنس حقه.

ألا ترى أنه لو تجوز بها في الصرف والسلم لا يجوز، وإن كان الإذن بالقبض على تقدير استيفاء الحق وقد تبين أنه لم يستوف فتبين أنه لم يكن آذناً له بالقبض ولا راضياً به فكان له ولاية الاسترداد.

ولو كان المشتري تصرف فيه فلا سبيل للبائع عليه سواء كان تصرفاً يحتمل الفسخ كالبيع والرهن والإجارة ونحوها أو لا يكون كالإعتاق ونحوه، بخلاف ما إذا قبضه بغير إذن البائع قبل نقد الثمن وتصرف فيه تصرفاً يحتمل الفسخ أنه يفسخ ويسترد، لأن هناك لم يوجد الإذن بالقبض فكان التصرف في المبيع إبطالاً لحقه فيرد عليه إذا كان محتملاً للرد.

وههنا وجد الإذن بالقبض فكان تصرف المشتري حاصلاً عن تسليط البائع فنفذ وبطل حقه في [أ/١٣٦/م] الاسترداد كالمقبوض على وجه البيع الفاسد إذا تصرف فيه المشتري أنه يبطل حق البائع في/ الفسخ إلا أن في البيع الفاسد إذا أجر المبيع تفسخ الإجارة، وههنا لا تفسخ، لأن الإجارة تفسخ بالعذر وقد تحقق العذر في البيع الفاسد، لأنه مستحق الفسخ حقاً للشرع دفعاً للفساد فجعل استحقاق الفسخ بسبب الفساد عذراً في فسخ الإجارة ولا فساد ههنا فلا عذر في الفسخ فلا يفسخ.

ولو كان مكان البيع كتابة فأدى المكاتب بدل الكتابة فعتق، ثم وجد المولى المقبوض زيوفاً أو مستحقاً فالعتق ماض فإن وجده ستوقاً أو رصاصاً لا يعتق مما ذكرنا أن الزيوف من جنس حقه فصار بقبضها قابضاً أصل حقه، وكذا قبض الدراهم المستحقة وقع صحيحاً ظاهراً واحتمال الإجازة بعد ظهور الاستحقاق ثابت أيضاً والعتق بعد ثبوته ظاهراً لا يحتمل الفسخ بخلاف ما إذا وجدها ستوقاً أو رصاصاً، لأن ذلك ليس من

جنس حقه أصلاً ورأساً فلم يوجد أو أبدل الكتابة فلا يعتق يحقق الفرق بينهما إذا حلف لا يفارق غريمه حتى يستوفي حقه فقبض ثم وجد المقبوض بعد الافتراق زيوفاً أو مستحقاً فرد الزيوف أو أخذ المالك المستحقة بر في يمينه، وإن وجده ستوقاً أو رصاصاً حنث في يمينه والله عز وجل أعلم.

ولو قبض المشتري المبيع بإذن البائع ثم أفلس أو مات قبل نقد الثمن أو بعد ما نقد منه شيئاً وعليه ديون لأناس شتى هل يكون البائع أحق به من سائر الغرماء، اختلف فيه قال أصحابنا لا يكون له بل الغرماء كلهم أسوة فيه فيباع ويقسم ثمنه بينهم بالحصص.

وقال الشافعي رحمه الله: البائع أحق به، وإن لم يكن قبضه حتى أفلس أو مات، فإن كان الثمن مؤجلاً فهو على هذا الاختلاف وإن كان حالاً فالبائع أحق به بالإجماع.

احتج الشافعي بما روي عن رسول الله ﷺ أنه قال: «**إذَا أفلسَ المشتري فوجدَ البائعُ مَتَاعَهُ عِنْدَه فهو أحق به**»[1] وهذا نص في الباب، ولأن العجز عن تسليم المبيع يوجب حق الفسخ للمشتري بالإجماع، فإن من باع عبداً فأبق قبل القبض أو غصب أو كانت دابة فضلت للمشتري أن يفسخ البيع والعجز عن تسليم الثمن يوجب الفسخ للبائع أيضاً لأن البيع عقد معاوضة ومبنى المعاوضات/ على المساواة. [ب/١٣٦/م]

ولنا: ما روي عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال: «**مَنْ بَاعَ بيعاً فَوجدَهُ وَقَدْ أَفْلَسَ الرَّجُلُ فَهُو مَالُهُ بين غُرَمَائِهِ**»[2] وهذا نص وهو عين مذهبنا ولأن البائع لم يكن له حق حبس المبيع حال كون المشتري حياً ملياً فلا يكون أحق بثمنه بعد موته وإفلاسه، لأن الثمن بدل المبيع قائم مقامه واعتبار الثمن بالمبيع غير سديد، لأن بينهما مفارقة في الأحكام.

ألا ترى أن ملك المبيع شرط جواز العقد وملك الثمن ليس بشرط فإنه لو اشترى شيئاً بدراهم لا يملكها جاز.

ولو باع شيئاً لا يملكه لا يجوز، وكذا لا يجوز التصرف في المبيع المنقول قبل القبض والتصرف في الثمن قبل القبض جائز وغير ذلك من الأحكام فكان اعتبار الثمن بالمبيع على الإطلاق فاسد والحديث محمول على ما إذا قبض المبيع بغير إذن البايع، وعندنا: البائع أحق به في هذه الحالة إلا أنه ذكر الإفلاس، وإن كان حق الاسترداد لا يتقيد به، لأن المليء يتمكن من دفع الاسترداد بنقد الثمن والمفلس لا يتمكن من ذلك فكان ذكر الإفلاس مفيداً فحملناه على ما قلنا توفيقاً بين الدلائل والله عز وجل الموفق.

ومنها: وجوب الاستبراء في شراء الجارية. وجملة الكلام فيه أن الاستبراء نوعان: نوع هو مندوب ونوع هو واجب.

أما المندوب إليه فهو استبراء البائع إذا وطيء جارية وأراد أن يبيعها أو يخرجها عن ملكه بوجه من

---

(١) أخرجه البخاري في «صحيحه» في الاستقراض، باب إذا وجد ماله عند المفلس برقم (٢٤٠٢).
ومسلم في «صحيحه» برقم (١١٩٤).

(٢) أخرجه أبو داود في «سننه» في البيوع والإجارات، باب في الرجل يفلس فيجد الرجل متاعه بعينه عنده برقم (٣٥٢٣).
وابن ماجة في «سننه» في الأحكام، باب من وجد متاعه بعينه عند رجل أفلس برقم (٢٣٦٥). عن أبي هريرة رضي الله عنه.

الوجوه عند عامة العلماء. وقال مالك رحمه الله: هو واجب.

وجه قوله: أنه يحتمل شغل الرحم بماء البائع فيلزمه التعرف عن ذلك بالاستبراء كما في جانب المشتري.

ولنا: أن سبب الوجوب لم يوجد في حق البائع على ما نذكر، والاعتبار بالمشتري غير سديد لأن الوجوب عليه لصيانة مائه عن الاختلاط بماء البائع والخلط يحصل بفعل المشتري لا بفعل البائع، فتجب الصيانة عليه بالاستبراء لا على البائع، إلا أنه يندب إليه لتوهم اشتغال رحمها بمائه فيكون البيع قبل الاستبراء مباشرة شرط الاختلاط فكان الاستبراء مستحباً. وكذا إذا وطىء أمته أو مدبرته أو أم ولد له ثم أراد أن يزوجها من غيره يستحب أن لا يفعل حتى يستبرئها لما قلنا، وإذا زوجها قبل الاستبراء أو بعده فللزوج أن يطأها/ من غير استبراء. [أ/١٣٧/م]

وقال محمد رحمه الله: أحب إلى أن يستبرئها بحيضة ولست أوجبه عليه، وكذلك الرجل إذا رأى امرأة تزني ثم تزوجها له أن يطأها من غير استبراء. وقال محمد: أحب إلي أن لا يطأها حتى يستبرئها ويعلم فراغ رحمها. والله أعلم.

وأما الاستبراء الواجب فهو استبراء المشتري، وكل من حدث له حل الاستمتاع بالجارية بحدوث ملك اليمين مطلقاً، والكلام فيه في مواضع: في بيان وجوب هذا النوع من الاستبراء، وفي بيان سبب وجوبه، وفي بيان ما يقع به من الاستبراء.

أما الأول: فالأصل فيه ما روي عن رسول الله ﷺ أنه قال في سبايا أوطاس: «**أَلا لا تُوطأ الحَبَالىٰ حَتّىٰ يضعنَ ولا الحيالىٰ حَتّىٰ يستبرأنَ بحيضةٍ**»[1] والنص الوارد في السبي يكون وارداً في سائر أسباب الملك دلالة، لأن الاستبراء طلب براءة الرحم وإنه واجب على المشتري لأن به يقع الصيانة عن الخلط والخلط حرام لما روي عن رسول الله ﷺ أنه قال: «**مَنْ كَانَ يؤمنُ باللَّهِ واليوم الآخرِ فَلا يسقينَّ مَاءه زَرْعَ غَيْرِه**»[2] والصيانة عن الحرام تكون واجبة ولا تقع الصيانة إلا بالاستبراء فيكون واجباً ضرورة فلا يحل له وطؤها قبل الاستبراء ولا أن يلمسها بشهوة أو ينظر إلى فرجها عن شهوة، لأن كل ذلك داع إلى الوطء، والوطء إذا حرم حرم بدواعيه كما في باب الظهار وغيره بخلاف الحائض حيث لم تحرم الدواعي منها؛ لأن المحرم هناك ليس هو الوطء بل استعمال الأذى، والوطء حرام لغيره، وهو استعمال الأذى ولا يجوز ذلك في الدواعي فلا يجوز، والله أعلم.

وأما سبب وجوبه فهو حدوث حل الاستمتاع بحدوث ملك اليمين مطلقاً، يعني به ملك الرقبة واليد بأي سبب حدث الملك من الشراء والسبي والصدقة والهبة والإرث ونحوها فلا يجب الاستبراء على البائع

---

(١) أحمد (٣/ ٦٢) أبو داود (٢/ ٦١٤) والدارمي (٢/ ١٧٠).

(٢) أخرجه أحمد في «المسند» (٤/ ١٠٨ و١٠٨ ـ ١٠٩) وابن أبي شيبة في «مصنفه» (١٢/ ٢٢٢ ـ ٢٢٣٣).
وأبو داود في «سننه» في النكاح، باب في وطء النساء برقم (٢١٥٨) و (٢١٥٩). وفي الجهاد، باب في الرجل ينتفع من المغنم بشيء برقم (٢٧٠٨). وصححه ابن حبان برقم (٤٨٥٠) والترمذي في «جامعه» في النكاح، باب ما جاء في الرجل يشتري الجارية وهي حامل برقم (١١٣١). عن رويفع بن ثابت الأنصاري رضي الله عنه.

لانعدام السبب وهو حدوث الحل ويجب على المشتري لوجود سببه، سواء كان بائعه ممن يطأ أو ممن لا يطأ كالمرأة والصبي الذي لا يعقل، وسواء كانت الجارية بكراً أو ثيباً في ظاهر الرواية لما قلنا.

وروي عن/ أبي يوسف: أنه إذا علم المشتري أنها لم توطأ لا يجب الاستبراء لأن الاستبراء طلب براءة [ب/١٣٧/م] الرحم وفراغها عما يشغلها ورحم البكر برية فارغة عن الشغل فلا معنى لطلب البراءة والفراغ.

والجواب: أن الوقوف على حقيقة الشغل والفراغ متعذر فتعلق الحكم بالسبب الظاهر وهو حدوث حل الاستمتاع بحدوث ملك اليمين مطلقاً وقد وجد، ولا يجب على من حرم عليه فرج أمته بعارض الحيض والنفاس والردة والكتابة والتزويج إذا زالت هذه العوارض بأن طهرت وأسلمت وعجزت فطلقها الزوج قبل الدخول بها، لأن حل الاستمتاع لم يحدث بل كان ثابتاً لكن منع منه لغيره وقد زال بزوال العوارض، وكذا لم يحدث ملك اليمين فلم يوجد السبب ولا يجب بشراء جارية لا يحل فرجها بملك اليمين بأن وطئها أبوه أو ابنه أو لمسها بشهوة أو نظر إلى فرجها لا بشهوة أو كان هو وطىء أمها أو ابنتها أو نظر إلى فرجها عن شهوة أو كانت مرتدة أو مجوسية ونحو ذلك من الفروج التي لا تحل بملك اليمين لأن فائدة الاستبراء التمكن من الاستمتاع بعد حصول انعدام مانع معين منه وهو اختلاط الماءين والاستبراء في هذه المواضع لا يفيد التمكن من الاستمتاع لوجود مانع آخر، وهو أن المحل لا يحتمل الحل ولا يجب على العبد والمكاتب والمدبر لانعدام حدوث حل الاستمتاع بملك اليمين لعدم الملك لهم قال النبي عليه الصلاة والسلام: «**لا يتسرى العبدُ ولا يسريهِ مَولاه ولا يملكُ العبدُ ولا المكاتب شيئاً إلا الطلاق**»[1].

ولو اشترى جارية من عبده المأذون ينظر إن لم يكن على العبد دين أصلاً أو عليه دين غير مستغرق لا يجب عليه أن يستبرئها إذا كانت حاضت عند العبد ويجتزىء بتلك الحيضة، لأن كسب المأذون الذي لا دين عليه أو عليه دين غير مستغرق ملك المولى فقد حاضت في ملك نفسه فيجتزي بها عن الاستبراء، وإن كان عليه دين مستغرق رقبته وكسبه يجب عليه الاستبراء عند أبي حنيفة رحمه الله، وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله لا يجب عليه بناء على أن المولى لا يملك كسب عبده المأذون المديون ديناً مستغرقاً عنده وعندهما يملكه. ولو تبايعا بيعاً صحيحاً ثم تقايلا، فإن كانت الإقالة قبل القبض فالقياس أن يجب الاستبراء على البائع، وهو رواية أبي يوسف عن أبي حنيفة رحمهما الله، /وفي الاستحسان لا يجب، وهو رواية [أ/١٣٨/م] محمد عن أبي حنيفة رحمهما، وهو قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله.

وجه القياس: أنه وجد سبب الوجوب في حقه وهو حدوث حل الاستمتاع بحدوث ملك اليمين حقيقة وإنكار الحقائق مكابرة.

وجه الاستحسان: أن الإقالة قبل القبض فسخ والفسخ رفع من الأصل وإعادة إلى قديم الملك كأنه لم يزل عن ملك البائع فلم يوجد السبب مع ما أن الملك قبل القبض غير متأكد والتأكيد إثبات من وجه فلم يتكامل الملك للمشتري فلم يحدث ملك اليمين للبائع على الإطلاق فلم يتكامل السبب، وإن كانت الإقالة بعد القبض يجب.

---

(١) لم أجده بهذا اللفظ وقد تقدم.

أما عند أبي يوسف؛ فلأن الإقالة بيع جديد فكانت استحداثاً للملك مطلقاً. وأما عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وإن كان فسخاً لكن في حق العاقدين، فأما في حق ثالث فبيع جديد، والاستبراء يجب حقاً للشرع فاعتبر حق الشرع ثالثاً في حق وجوب الاستبراء احتياطاً.

ولو رد الجارية بعيب أو خيار رؤية يجب الاستبراء على البائع لوجود السبب وهو حدوث حل الاستمتاع بحدوث ملك اليمين لأن خيار الرؤية وخيار العيب لا يمنع ثبوت الملك للمشتري.

وأما الرد بخيار الشرط فينظر فيه إن كان الخيار للبائع فلا يجب الاستبراء بالإجماع، لأن خياره لا يمنع زوال السلعة عن ملكه فلم يوجد حدوث حل الاستمتاع بحدوث ملك اليمين.

وإن كان الخيار للمشتري لا يجب الاستبراء على البائع عند أبي حنيفة رحمه الله، سواء كان الرد قبل القبض أو بعده بناء على أن خيار المشتري يمنع دخول السلعة في ملكه عند أبي حنيفة، وإذا لم تدخل في ملك المشتري، وإن خرجت عن ملك البائع فلأنها لم تخرج وبقيت على ملكه فلم يوجد سبب الوجوب.

وأما عندهما: فإن كان الرد قبل القبض فالقياس أن يجب لأنها زالت عن ملك البائع ودخلت في ملك المشتري، فإذا ردت عليه فقد وجد سبب الوجوب في حق البائع.

وفي الاستحسان: لا يجب لأن الرد قبل القبض فسخ محض ورفع للعقد من الأصل كأنه لم يكن، وإن كان بعد القبض يجب الاستبراء قياساً واستحساناً لأنها/ دخلت في ملك المشتري. [ب/١٣٨/م]

وإن كان المبيع فاسداً ففسخ وردت الجارية إلى البائع، فإن كان قبل القبض فلا استبراء على البائع لأنها على ملكه فلم يحدث له الحل، وإن كان بعده فعليه الاستبراء بالإجماع لوجود السبب.

ولو أسر العدو الجارية ثم عادت إلى المالك، فإن كان قبل الإحراز بدار الحرب فلا استبراء على المالك لانعدام السبب وهو حدوث الحل بحدوث الملك وإن كان بعد الإحراز بدراهم وجب لوجود السبب، ولو أبقيت من دار الإسلام إلى دار الحرب وأخذها الكفار ثم عادت إلى صاحبها بوجه من الوجوه فلا استبراء عليه عند أبي حنيفة لأنهم لم يملكوها فلم يوجد السبب وعندهما عليه الاستبراء لأنهم ملكوها لوجود السبب.

ولو اشترى جارية مع غيره فلا استبراء عليهما لانعدام السبب وهو حدوث الحل، إذ لا تحل لأحدهما، ولو اشترى جارية ولها زوج فقبضها وطلقها الزوج قبل الدخول بها فلا استبراء على المشتري لأنه لم يوجد السبب وهو حدوث حل الاستمتاع بحدوث ملك اليمين وقت الشراء لقيام فراش الزوج وبعد زوال الفراش لم يحدث سبب حدوث الحل وهو ملك اليمين.

وذكر الكرخي رحمه الله أن على قول أبي يوسف يجب الاستبراء على المشتري. ومن هذا استخرجوا لإسقاط الاستبراء حيلة وهي أن يزوج البائع الجارية ممن يجوز له نكاحها ولم يكن تحته حرة ونحو ذلك من الشرائط ثم يبيعها ويسلمها إلى المشتري ثم يطلقها الزوج قبل الدخول بها فتحل للمشتري من غير استبراء، وإن طلقها الزوج قبل القبض ثم قبضها المشتري لا يحل له وطؤها حتى يستبرئها.

وحيلة أخرى لإسقاط الاستبراء: أن يزوجها البائع من المشتري قبل الشراء والمشتري ممن يجوز له نكاحها بأن لم يكن تحته حرة ونحو ذلك ثم يشتريها فيفسد النكاح ويحل له وطؤها من غير استبراء. وهذا الوجه الثاني أولى لأنه يسقط عنه جميع المهر.

وفي الوجه الأول على الزوج المطلق نصف المهر للبائع فيحتاج إلى إبرائه عنه.

ولو كانت الجارية في عدة من زوجها، عدة طلاق/ أو عدة وفاة فاشتراها وقبضها ثم انقضت عدتها فلا [أ/١٣٩/م] استبراء عليه لأن قيام العدة بمنزلة قيام النكاح. ولو كانت منكوحة فطلقها قبل الدخول بها لم يجب الاستبراء. كذا هذا. وعلى ما ذكره الكرخي رحمه الله على قول أبي يوسف يجب الاستبراء، فإن انقضت عدتها قبل القبض لم يعتد بذلك، ولا تحل له حتى يستبرئها بعد القبض بحيضة أخرى في ظاهر الرواية.

وروي عن أبي يوسف: أنه يعتد بذلك كما يعتد بالحيضة قبل القبض عنده، وعلى هذا يخرج عدم وجوب الاستبراء في النكاح، حتى إن من تزوج جارية فللزوج أن يطأها من غير استبراء لأن السبب لم يوجد وهو حدوث حل الاستمتاع بملك اليمين.

وقال محمد: أحب إلي أن يستبرئها بحيضة ولست أوجبها عليه.

وذكر الكرخي رحمه الله وقال: لا استبراء عليه في قول أبي حنيفة رضي الله عنه. وقال أبو يوسف استبرأ بها الزوج استحساناً.

وجه قول أبي يوسف: أن المعنى الذي له وجب الاستبراء في ملك اليمين موجود في ملك النكاح وهو التعرف عن براءة الرحم فوجب الاستبراء في الملكين، ولأبي حنيفة أن جواز نكاحها دليل براءة رحمها شرعاً فلا حاجة إلى التعرف بالاستبراء. وما ذكره محمد نوع احتياط وهو حسن.

وعلى هذا يخرج ما إذا اشترى جارية فلم يقبضها حتى حاضت في يد البائع حيضة أنه لا يجتزي بها في الاستبراء في ظاهر الرواية، حتى لو قبضها لا تحل له حتى يستبرئها بحيضة أخرى لأنه لم يحدث له حل الاستمتاع قبل القبض ولا حدث له ملك اليمين على الإطلاق لانعدام اليد. وهذا لأن الملك قبل القبض غير متأكد، والتأكد إثبات من وجه فكان له حكم العدم من وجه فلم يجب به الاستبراء.

وروي عن أبي يوسف: أنه يجتزىء بها ولا استبراء لأن الحيضة قبل القبض تصلح دليلاً على فراغ رحمها فحصل المقصود من الاستبراء فيكتفي بها.

وأما بيان ما يقع به الاستبراء فنقول وبالله تعالى التوفيق: الجارية في الأصل لا يخلو إما إن كانت ممن تحيض وإما إن كانت ممن لا تحيض، فإن كانت ممن تحيض فاستبراؤها بحيضة/ واحدة عند عامة العلماء [ب/١٣٩/م] وعامة الصحابة رضي الله عنهم. وعن معاوية رضي الله عنه أن استبراءها بحيضتين، لأن الاستبراء أخت العدة، وعدتها حيضتان، والصحيح قول العامة لما روي عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال في سبايا أوطاس: «ألا لا تُوطأ الحَبَالَىٰ حَتّى يضعنَ ولا الحَيَالَىٰ حَتّى يُسْتَبْرَأْنَ بحيضةٍ»[1].

(١) تقدم تخريجه.

والفعلة للمرة والتقدير الشرعي يمنع من الزيادة عليه إلا بدليل، ولأن ما شرع له الاستبراء وهو حصول العلم بطهارة الرحم يحصل بحيضة واحدة فكان ينبغي أن لا يشترط العدد في باب العدة أيضاً، إلا أنا عرفنا ذلك نصاً بخلاف القياس فيقتصر على مورد النص،

وإن كانت ممن لا تحيض فلا يخلو إما إن كانت لا تحيض لصغر أو لكبر، وإما إن كانت لا تحيض لعلة وهي الممتد طهرها.

وإما إن كانت لا تحيض لحبل فإن كانت لا تحيض لصغر أو لكبر فاستبراؤها بشهر واحد لأن الأشهر أقيمت مقام الأقراء في حق الآيسة والصغيرة في العدة فكذا في باب الاستبراء،

وإن كانت لا تحيض لعلة فقد اختلفوا فيه، قال أبو حنيفة عليه الرحمة لا يطؤها حتى يعلم أنها غير حامل، ولم يوقت في ذلك وقتاً. وقال أبو يوسف يستبرئها بثلاثة أشهر أو أربعة أشهر.

وعن محمد روايتان: في رواية قال يستبرئها بشهرين وخمسة أيام عدة الإماء وفي رواية قال يستبرئها بأربعة أشهر وعشر مدة عدة الحرائر، وقال زفر يستبرئها بسنتين، لأن الولد الموجود في البطن لا يبقى أكثر من سنتين، فإذا مضت سنتان ولم يظهر بها حمل علم أنها غير حامل، ويحتمل أن يكون هذا تفسير قول أبي حنيفة لا يطؤها حتى يعلم أنها غير حامل، وهو اختيار الطحاوي، ويحتمل أن يكون ما قاله أبو يوسف تفسيراً لقوله لأنها مدة يعلم فيها أنها ليست بحامل لأن الحبل يظهر في مثل هذه المدة لو كان لظهور آثاره من انتفاخ البطن وغير ذلك، فيدل عدم الظهور على براءة رحمها. وإن كانت لا تحيض لحبل بها فاستبراؤها بوضع الحمل بعد القبض، لأن وضع الحمل في الدلالة على فراغ رحمها فوق الحيضة، فإذا وضعت حملها حل له أن يستمتع بها فيما سوى الجماع ما دامت في نفاسها كما في الحائض/ [أ/١٤٠م]، فإن وضعت حملها قبل القبض ثم قبضها لا يطؤها حتى يستبرئها ولا يجتزي بوضع الحمل قبل القبض كما يجتزي بالحيضة قبل القبض، وعلى قياس ما روي عن أبي يوسف يجتزي به كما يجتزي بالحيضة قبل القبض، والله عز وجل أعلم.

ثم ما ذكرنا من الحكم الأصلي للبيع وما يجري مجرى التوابع للحكم الأصلي كما يثبت في المبيع يثبت في زوائد المبيع عندنا.

وعند الشافعي[1] رحمه الله: لا يثبت شيء من ذلك في الزوائد، والكلام فيه مبني على أصل، وهو أن زوائد المبيع مبيعة عندنا سواء كانت منفصلة أو متصلة متولدة من الأصل أو غير متولدة منه إلا الهبة والصدقة والكسب، وعنده ليست بمبيعة أصلاً، وإنما تملك بملك الأصل لا بالبيع السابق.

وجه قول الشافعي رحمه الله في إثبات هذا الأصل: أن المبيع ما أضيف إليه البيع ولم توجد الإضافة إلى الزوائد لكونها منعدمة عند البيع فلا تكون مبيعة ولهذا لم يكن الكسب مبيعاً، ولأن المبيع ما يقابله ثمن، إذ البيع مقابلة المبيع بالثمن والزيادة لا يقابلها ثمن، لأن كل الثمن مقابل بالأصل فلم تكن مبيعة كالكسب ولهذا لم تجز الزيادة عنده في المبيع والثمن.

(١) انظر «مختصر اختلاف العلماء» (١١٠/٣) برقم (١١٩٣).

ولنا: أن المبيع ما يثبت فيه الحكم الأصلي للبيع والحكم الأصلي للبيع يثبت في الزوائد بالبيع السابق فكانت مبيعة.

وبيان ذلك: أن الحكم الأصلي للبيع هو الملك والزوائد مملوكة بلا خلاف. والدليل على أنها مملوكة بالبيع السابق أن البيع السابق أوجب الملك في الأصل ومتى ثبت الملك في الأصل ثبت في التبع، فكان ملك الزيادة بواسطة ملك الأصل مضافاً إلى البيع السابق فكانت الزيادة مبيعة، ولكن تبعاً لثبوت الحكم الأصلي فيها تبعاً.

وعلى هذا الأصل مسائل بيننا وبين الشافعي رحمه الله.

منها: أن للبائع حق حبس الزوائد لاستيفاء الثمن، كما له حق حبس الأصل عندنا، وعنده ليس له أن يحبس الزوائد.

ومنها: أن البائع إذا أتلف الزيادة سقطت حصتها من الثمن عن المشتري عندنا، كما لو أتلف جزءاً من المبيع، وعنده لا يسقط شيء من الثمن وعليه ضمانها، كما أو أتلفها أجنبي، ولا خيار للمشتري عند أبي حنيفة وعندهما يثبت على ما مر. وكذا إذا أتلف الأرش أو العقر قبل القبض عندنا لأنه بدل الجزء الفائت فكان حكمه/ حكم الجزء.

[ب/١٤٠/م]

ولو هلكت الزيادة بآفة سماوية لا يسقط شيء من الثمن بالإجماع، وإن كانت مبيعة عندنا لأنها مبيعة تبعاً بمنزلة أطراف الأم لا مقصوداً والأطراف كالأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن إلا أن تصير مقصودة بالفعل من القبض أو الجناية ولم يوجد ولا خيار للمشتري لأن الصفقة لم تتفرق عليه لأن العقد ما أضيف إليها، وإنما يثبت حكم العقد فيها تبعاً، فلا يثبت الخيار إلا في ولد الجارية إذا هلك قبل القبض بآفة سماوية. فإنه يثبت الخيار للمشتري لا لهلاك الزيادة بل لحدوث نقصان في الأم بسبب الولادة. وكذا لا خيار بحدوث زيادة ما قبل القبض إلا في ولد الجارية لأجل نقصان الأم بالولادة لا لحدوث الزيادة.

ومنها: أن المشتري إذا قبض الزوائد يصير لها حصة من الثمن بالقبض عندنا فيقسم الثمن على قيمة الأصل يوم العقد وعلى قيمة الزيادة يوم القبض. حتى لو اطلع المشتري على عيب بالأصل فإنه يرده بحصته من الثمن لا بجميع الثمن عندنا وعنده لا حصة للزيادة من الثمن بحال، وعند ظهور العيب بالأصل يرد بكل الثمن ولا يكون بإزاء الزيادة شيء. وكذا إذا وجد بالزيادة عيباً يردها بحصتها من الثمن وعنده لا يردها بالعيب أصلاً.

وكذا المشتري إذا أتلف الزيادة قبل القبض يصير لها حصة من الثمن عندنا لأنه صار قابضاً به بالإتلاف وبالقبض يصير لها حصة من الثمن على ما ذكرنا وعنده لا حصة لها من الثمن بحال ولو هلك الأصل وبقيت الزيادة يبقى العقد في قدر الزيادة عندنا ويصير لها حصة من الثمن فينقسم الثمن على الأصل يوم العقد وعلى الزيادة يوم الهلاك فيبطل ملك الثمن بقدر قيمة الأصل ويبقى بحصة الزيادة بخلاف ما إذا هلك قبل حدوث الزيادة حيث ينفسخ العقد أصلاً ورأساً ويسقط كل الثمن لأن هناك لا فائدة في بقاء العقد، إذ لو بقي لطلب البائع من المشتري الثمن فيطلب المشتري منه تسليم المبيع ولا يمكنه تسليمه فينفسخ ضرورة [illegible] فائدة

البقاء، وإذا بقيت الزيادة كان في بقاء العقد في الزيادة فائدة لإمكان تسليمها فبقي العقد فيها وصار لها حصة من الثمن فينقسم على الأصل والزيادة/ على ما ذكرنا، وعنده إذا هلك الأصل انفسخ العقد أصلاً ورأساً. [أ/١٤١/م] ومنها أنه إذا أتلفها أجنبي وضمنها بلا خلاف، فالمشتري بالخيار عندنا إن شاء اختار الفسخ ويرجع البائع على الجاني بضمان الجناية وإن شاء اختار المبيع واتبع الجاني بالضمان وعليه جميع الثمن كما لو أتلف الأصل وعنده عليه الضمان ولا خيار للمشتري.

ومنها: إذا اشترى نخلاً بكر من تمر فلم يقبض النخل حتى أثمر النخل كُرًّا فقبض النخل مع الكر الحادث لا يطيب الكر وعليه أن يتصدق به عندنا لأن التمر الحادث عندنا زيادة متولدة من المبيع فكان مبيعاً وله عند القبض حصة من الثمن كما لغيره من الزوائد والثمر من جنسه زيادة عليه، فلو قسم على النخل والكر الحادث يصير ربا فيفسد البيع في الكر الحادث ولا يفسد في النخل، بخلاف ما إذا باع نخلاً وكراً من تمر بكر من تمر إن العقد يفسد في التمر والنخل جميعاً لأن هناك الربا دخل في العقد باشتراطهما وصنعهما، لأن بعض المبيع مال الربا وهو التمر والتمر مقسوم عليهما فيتحقق الربا، وإدخال الربا في العقد يفسد العقد كله. وههنا البيع كان صحيحاً في الأصل لأن الثمن خلاف جنس المبيع وهو النخل وحده إلا أنه لما زاد بعد العقد صار مبيعاً في حال البقاء لا بصنعهما فيفسد في الكر الحادث ويقتصر الفساد عليه.

ومنها: إذا اشترى عبداً بألف درهم يساوي ألفين فقتل قبل القبض فاختار البيع واتباع الجاني فأخذ قيمته ألفين يتصدق بالألف الزائد عندنا لأنه ربح ما لم يضمن وعنده لا يتصدق بشيء والله عز وجل أعلم.

ومنها: إذا غصب كر حنطة فابتلت في يد الغاصب وانتفخت حتى صارت كراً ونصف كر ضمن للمالك كراً مثله فإنه يملك ذلك الكر ونصف الكر عندنا لكن يتصدق بنصف الكر الزائد وطاب له ما بقي لأن الملك عندنا يثبت من وقت الغصب بالضمان والزيادة بالانتفاخ حصلت بعد ذلك فتعتبر بالزيادة المتولدة، وعند الشافعي رحمه الله في هذا الفصل يرد الكل لأن المضمونات عنده لا تملك بالضمان.

ومنها: أن الزوائد الحادثة بعد القبض مبيعة أيضاً عندنا، حتى لو وجد المشتري بالأصل عيباً فالزيادة تمنع الرد والفسخ/ بالعيب وبسائر أسباب الفسخ على ما نذكره في خيار العيب في بيان الأسباب المانعة من الرد بالعيب إن شاء الله تعالى وعنده ليست بمبيعة في أي حال حدثت ولا تمنع رد الأصل بالعيب بكل الثمن. [ب/١٤١/م]

ولو اشترى أرضاً فيها أشجار مثمرة فإن كان عليها ثمر وسماه حتى دخل في البيع فالثمر له حصة من الثمن بلا خلاف، حتى لو كانت قيمة الأرض خمسمائة وقيمة الشجر خمسمائة وقيمة الثمر كذلك، فإن الثمن يقسم على الكل أثلاثًا بالإجماع. لأن الكل معقود عليه مقصوداً لورود فعل العقد على الكل فإن كان للثمر حصة من الثمن حتى لو هلك بآفة سماوية أو بفعل البائع بأن أكله يسقط عن المشتري ثلث الثمن، وله الخيار إن شاء أخذ الأرض والشجر بثلثي الثمن وإن شاء ترك، لأن الثمر لما كان مبيعاً مقصوداً بهلاكه تفرقت الصفقة على المشتري قبل التمام فيثبت الخيار، وإن لم يكن الثمر موجوداً وقت العقد وحدث بعده قبل القبض فأكله البائع فقد صار له حصة من الثمن عندنا لصيرورته مبيعاً مقصوداً بالإتلاف على ما بينا، لكن الكلام في كيفية أخذ الحصة فاختلف أصحابنا فيها.

قال أبو حنيفة ومحمد: يأخذ الحصة من الشجر والأرض جميعاً فيقسم الثمن على الشجر والأرض والثمر أثلاثاً، فيسقط ثلث الثمن بإتلاف البائع وقال أبو يوسف يأخذ الحصة من الشجر خاصة فيقسم الثمن على قيمة الأرض والشجر ثم ما أصاب الشجر يقسم عليه يوم العقد وعلى قيمة الثمر يوم الإتلاف فيسقط بيانه إذا كانت قيمة الأرض ألفاً وقيمة الأشجار ألفاً وقيمة الثمر كذلك فأكل البائع الثمر قبل القبض يسقط عن المشتري ثلث الثمن عندهما ويأخذ الأرض والأشجار بثلثي الثمن ولا خيار له عند أبي حنيفة خاصة وعند محمد له الخيار إن شاء أخذ الأرض والشجر بثلثي القيمة وإن شاء ترك.

وعند أبي يوسف: يسقط عن المشتري ربع الثمن فيقسم الثمن على الأشجار والأرض نصفين، ثم ما أصاب الشجر يقسم عليه وعلى الثمر نصفين فكان حصة الثمر ربع الثمن فيسقط ذلك كله وله الخيار إن شاء أخذ الأرض والشجر بثلاثة أرباع الثمن وإن شاء ترك.

وجه قول أبي يوسف: أن الثمر تابع للشجر، لأن الثمر متولد منها فيأخذ الحصة منها، كما لو اشترى جارية مع ولدها فولدت، مع ولدها ولداً آخر فالولد الثاني يكون له حصة من الولد الأول.

ولهما: أن الشجر/ تابع للأرض في البيع، بدليل أنه يدخل في الأرض من غير تسمية. ولو هلكت [أ/١٤٢م] بعدما دخلت قبل القبض لا يسقط شيء من الثمن دل أنها تابعة، وما كان تابعاً لغيره في حكم لا يستتبع غيره من ذلك الحكم فكان نظير مسألتنا ما لو اشترى جارية فولدت ولداً قبل القبض، ثم ولد ولدها ولداً لا يكون للولد الثاني حصة من الولد الأول، لأن الأول في نفسه تابع فلا يستتبع غيره، كذا ههنا والله عز وجل أعلم.

ويتصل بما ذكرنا الزيادة في المبيع والثمن والحط عن الثمن، والكلام فيهما في ثلاثة مواضع:

أحدها: في أصل الجواز أنهما جائزان أم لا.

والثاني: في شرائط الجواز.

والثالث: في كيفية الجواز.

أما الأول فقد اختلف العامة فيه، قال أصحابنا الثلاثة: الزيادة في المبيع والثمن جائزة مبيعاً وثمناً، كأن العقد ورد على المزيد عليه والزيادة جميعاً من الابتداء. وقال زفر: لا تجوز الزيادة مبيعاً وثمناً ولكن تكون هبة مبتدأة، فإن قبضها صارت ملكاً له وإلا تبطل، وأظهر أقوال الشافعي رحمه الله مثل قولنا إن كان في مجلس العقد وإن كان بعد الافتراق فقوله مثل قول زفر.

وصورة المسألة: إذا اشترى رجل عبداً بألف درهم وقال المشتري زدتك خمسمائة أخرى ثمناً وقبل البائع، أو قال البائع زدتك هذا العبد الآخر أو قال هذا الثوب مبيعاً وقبل المشتري جازت الزيادة كان الثمن في الأصل ألف وخمسمائة والمبيع في الأصل عبدان أو عبد وثوب، سواء كان ذلك قبل القبض أو بعده وكذلك إذا اشترى عبدين بألف درهم ثم زاد المشتري في الثمن مائة درهم جازت الزيادة، كان الثمن في الأصل ألف ومائة تنقسم الزيادة على قيمتهما، وكذلك لو كان لعبد ثمن مسمى أو كان لكل واحد منهما ثمن مسمى وزاد المشتري في الثمن مائة مطلقاً انقسمت الزيادة على قدر القيمتين، وعلى هذا الخلاف الزيادة في القيمتين من الوارثين بعد موت العاقدين، لأن الوارث خلف المورث في ملكه القائم بعد موته. ألا ترى أنه

يرد بالعيب، ويرد عليه كأن الوارث حيٌ قائمٌ فزاد وعلى هذا الخلاف الزيادة من الوكيل لأنه يتصرف بتولية مستفادة من قبل الموكل.

[ب/١٤٢/م] وأما/ الزيادة من الأجنبي فلا شك أن عندهما لا تجوز، وأما عندنا فإن زاد بأمر العاقد جاز لأنه وكيله في الزيادة، وإن زاد بغير أمره وقفت الزيادة على إجازته، إن أجاز جازت وإن رد بطلت إلا أن يضمن الزائد الزيادة فيجوز ولا يتوقف على إجازة العاقد، وإن لم يحصل للأجنبي بمقابلة الزيادة شيء، وعلى هذا قالوا فيمن اشترى عبداً بألف درهم على أن خمسمائة سوى الألف على رجل ضمنه وقبل فالعبد للمشتري والخمسمائة على الثالث من غير أن يستحق شيئاً بالخمسمائة. وذكر في «**الجامع الصغير**» إذا قال الرجل بع هذه الدار من فلان بألف درهم على أني ضامن لك من الثمن خمسمائة، إن البيع على هذا الشرط صحيح، والخمسمائة على الأجنبي. ولو قال على أني ضامن لك خمسمائة ولم يقل من الثمن كان باطلاً لا يلزمه شيء. وعلى هذا الخلاف الزيادة في المهر المسمى في النكاح وأما الزيادة في المنكوحة بالمهر الأول فلا تجوز بالإجماع. وعلى هذا الخلاف الزيادة في رأس مال السلم. وأما الزيادة في المسلم فيه فلا تجوز بالإجماع، وعلى هذا الخلاف الزيادة في الرهن.

وأما الزيادة في الدين فلا تجوز عند أبي حنيفة ومحمد استحساناً، وعند أبي يوسف جائز قياساً، والفرق لأبي حنيفة ومحمد بين الزيادة في الرهن وبين الزيادة في الدين نذكره في كتاب الرهن.

وعلى هذا الخلاف حط بعض الثمن أنه جائز عندنا ويلتحق بأصل العقد والثمن هذا القدر من الابتداء، حتى إن المبيع إذا كان داراً فالشفيع يأخذها بالشفعة بما بقي بعد الحط، وعندهما هو هبة مبتدأة إلاّ أن قيام الدين عليه أو كونه قابلاً لاستئناف العقد ليس بشرط لصحة الحط بلا خلاف بين أصحابنا وفي الزيادة خلاف نذكره إن شاء الله تعالى.

وجه قول زفر والشافعي[١] رحمهما الله: أن الثمن والمبيع من الأسماء الإضافية المتقابلة فلا يتصور مبيع بلا ثمن، ولا ثمن بلا مبيع، فالقول بجواز المبيع والثمن مبيعاً وثمناً قول بوجود المبيع ولا ثمن والثمن ولا مبيع، لأن المبيع اسم لمال يقابل ملك المشتري وهو الثمن، والثمن اسم لمال يقابل ملك البائع وهو المبيع، فالزيادة من البائع لو صحت مبيعاً لا تقابل ملك المشتري بل تقابل ملك نفسه/ لأنه ملك جميع الثمن. ولو صحت من المشتري ثمناً لا تقابل ملك البائع بل تقابل ملك نفسه لأنه ملك جميع المبيع فلا تكون الزيادة مبيعاً وثمناً لانعدام حقيقة المبيع والثمن فيجعل منه هبة مبتدأة، ولأن كل المبيع لما صار مقابلاً بكل الثمن وكل الثمن مقابل بكل المبيع فالزيادة لو صحت مبيعاً وثمناً لخلت عما يقابله، فكانت فضل مال خال عن العوض في عقد المعاوضة، وهذا تفسير الربا. [أ/١٤٣/م]

ولنا: في الزيادة في المهر قوله تعالى: ﴿فآتوهن أُجورهنَّ فريضةً ولا جُنَاحَ عَليكمْ فيما تراضيتمْ بِهِ منْ بعدِ الفريضة﴾[٢] أي من بعد تلك الفريضة، لأن النكرة إذا أعيدت معرفة يراد بالثاني غير الأول.

---

(١) انظر «مختصر اختلاف العلماء» (٣/ ١١٠).
(٢) سورة النساء، الآية: (٢٤).

أمر الله سبحانه وتعالى بإيتاء المهور المسماة في النكاح، وأزال الجناح في الزيادة على المسمى، لأن ما يتراضاه الزوجان بعد التسمية هو الزيادة في المهر فيدل على جواز الزيادة. وروي عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال للوازن: «زِنْ وأرجحْ فإنا مَعَاشرَ الأنبيَاءِ هكذا نَزِن»[1] وهذا زيادة في الثمن وقد ندب عليه الصلاة والسلام إليها بالقول والفعل وأقل أحوال المندوب إليه الجواز وروي عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال: «المُسْلِمونَ عِنْدَ شُروطِهِمْ»[2] فظاهره يقتضي لزوم الوفاء بكل شرط إلا ما خص بدليل، لأنه يقتضي أن يكون كل مسلم عند شرطه، وإنما يكون كذلك إذا لزمه الوفاء به، وإنما يلزمه إذا صحت الزيادة مبيعاً وثمناً، فأما إذا كانت هبة مبتدأة فلا يلزمه الوفاء، لأن العاقدين أوقعا الزيادة مبيعاً وثمناً كما لو تبايعا ابتداء، وهذا لأن الأصل أن تصرف الإنسان يقع على الوجه الذي أوقعه إذا كان أهلاً للتصرف والمحل قابلاً وله ولاية عليه وقد وجد.

وقولهما: إن الثمن اسم لمال يقابل ملك البائع، والمبيع اسم لمال يقابل ملك المشتري.

قلنا: هذا ممنوع بل الثمن اسم لما أزال المشتري ملكه ويده عنه بمقابلة مال أزال البائع ملكه ويده عنه فيملك كل واحد منهما المال الذي كان ملك صاحبه بعد زوال ملكه عنه شرعاً على ما عرف.

ثم نقول: ما ذكراه حد المبيع والثمن بطريق الحقيقة والزيادة في المبيع/ والثمن مبيع وثمن من حيث [ب/١٤٣/م] الصورة والتسمية ربح بطريق الحقيقة، لأن الربح حقيقة ما يملك بعقد المعاوضة لا بمقابلة ما هو مال حقيقة بل من حيث الصورة والتسمية والزيادة ههنا كذلك فكانت ربحاً حقيقة فكان من شرطها أن لا تكون مقابلة بملك البائع إلا تسمية وشرط الشيء كيف يمنع صحته، على أنه أمكن تحقيق معنى المقابلة والزيادة لأن الموجب الأصلي في البيع هو قيمة المبيع وهو ماليته لأن البيع معاوضة بطريق المعادلة عرفاً وحقيقة، والمقابلة عند التساوي في المالية، ولهذا لو فسدت التسمية تجب القيمة عندنا والثمن تقدير لمالية المبيع باتفاق العاقدين، وإذا زاد في المبيع أو الثمن علم أيهما أخطأ في التقدير وغلط فيه وما هو الموجب الأصلي قد ثبت بالبيع، فإذا بينا التقدير كان ذلك بياناً للموجب الأصلي، إلا أنه ابتداء إيجاب فكان عوضاً عن ملك العين لا عن ملك نفسه، وهذا الكلام في المهر أغلب لأن الموجب الأصلي فيه هو مهر المثل على ما عرفت، على أنه إن كان لا يمكن تحقيق معنى المقابلة مع بقاء العقد على حاله يمكن تحقيقه مع تغيير العقد من حيث الوصف بأن يجعل الألف بعد الزيادة بمقابلة نصف العبد ليخلو النصف عن الثمن فتجعل الألف الزيادة بمقابلة النصف الخالي، وهذا وإن كان تغييراً ولكنهما قصدا تصحيح التصرف ولا صحة إلا بالتغيير، ولهما ولاية التغيير.

ألا ترى أن لهما ولاية الفسخ وأنه فوق التغيير، لأن الفسخ رفع الأصل والوصف والتغيير تبديل الوصف مع بقاء أصل العقد فلما ثبت لهما ولاية الفسخ فولاية التغيير أولى ولهما حاجة إلى التغيير لدفع

---

(١) أخرجه الحاكم (٢/ ٣٠) وأحمد (٤/ ٣٥٢) أبو داود (٣٣٣٦) الترمذي (١٣٠٥) بدون زيادة (فإنا معشر. . .) ورواها عبد الرزاق في «المصنف» (٨/ ٦٨).

(٢) تقدم تخريجه.

الغبن أو لمقصود آخر فمتى اتفقا على الزيادة وقصدا الصحة ولا صحة إلا بهذا الشرط يثبت هذا الشرط مقتضى تصرفهما تصحيحاً له كما في قول الرجل لغيره أعتق عبدك عني بألف درهم، وأما شرائط الجواز فمنها القبول من الآخر، حتى لو زاد أحدهما ولم يقبل الآخر لم تصح الزيادة.

[أ/١٤٤م] ومنها: المجلس حتى لو افترقا قبل القبول بطلت الزيادة لأن الزيادة في المبيع والثمن إيجاب/ البيع فيهما فلا بد من القبول في المجلس كما في أصل الثمن والمبيع وأما الحط فلا يشترط له المجلس ولا القبول لأنه تصرف في الثمن بالإسقاط والإبراء عن بعضه فيصح من غير قبول، إلا أنه يرتد بالرد كالإبراء عن الثمن كله. وأما كون الزيادة والمزيد عليه من غير أموال الربا فهل هو شرط لصحة الزيادة ثمناً ومبيعاً، وكذا كون الحط من غير أموال الربا هل هو شرط لصحته حطاً وهل يؤثران في فساد العقد؟

على قول أبي حنيفة: ليس بشرط ويؤثران فيه، وعلى قول أبي يوسف شرط فيبطلان ولا يؤثران في العقد.

وعلى قول محمد: شرط في الزيادة لا في الحط على ما نذكر، ولا يشترط قبض المبيع والثمن لصحة الزيادة فتصح الزيادة سواء كانت قبل قبض المبيع والثمن أو بعده وكذلك الحط لأن دليل جواز الزيادة والحط لا يوجب الفصل.

وأما قيام المبيع وقت الزيادة فهل هو شرط لصحة الزيادة، ذكر في «**الجامع الكبير**» أنه شرط ولم يذكر الخلاف.

وروى أبو يوسف ومحمد عن أبي حنيفة رحمهم الله في غير رواية الأصول أنه ليس بشرط عنده حتى لو هلك المبيع في يد المشتري أو استهلكه أو أعتقه أو دبره أو استولدها أو كان عصيراً فتخمر أو أخرجه المشتري عن ملكه جازت الزيادة عنده وعندهما لا تجوز.

وجه قولهما: أن الزيادة تصرف في العقد بالتغيير والعقد منعدم حقيقة إلا أنه يعطىٰ له حكم القيام لقيام أثره وهو الملك ولم يبق بهلاك العين حقيقة أو حكماً فلم يبق العقد حقيقة وحكماً فلا يحتمل التغيير بالزيادة، لأن الزيادة تثبت عندنا بطريق الاستناد والمستند يثبت للحال ثم يستند فلا بد وأن يجعل شيئاً من المبيع بمقابلة الزيادة للحال ولا يتصور ذلك بعد هلاك المبيع فلا يحتمل الاستناد، ولأن الزيادة لا بد وأن يكون لها حصة ولا يتحقق ذلك بعد الهلاك.

ولأبي حنيفة: ما ذكرنا أن الزيادة في الثمن والمبيع لا تستدعي المقابلة لأنها ربح في الحقيقة، وإن كانت مبيعاً وثمناً صورة وتسمية، ومن شأن الربح أن لا يقابله شيء فلا يكون قيام المبيع شرطاً لصحتها.

[ب/١٤٤م] وقوله: العقد منعدم عند الزيادة، قلنا: الزيادة/ عندنا تجعل كالموجود عند العقد والعقد عند وجوده يحتمل التغيير إن كانت الزيادة تغيراً على أنا لا نسلم أن قيام المبيع شرط لبقاء البيع، فإن البيع بعد هلاك المبيع يحتمل الانتقاض في الجملة بالرد بالعيب، فإن المشتري إذا اطلع على عيب كان به قبل الهلاك يرجع عليه بالنقصان والرجوع بالنقصان فسخ للبيع في قدر الفائت بالعيب بعد هلاكه وهلاك جميع المعقود عليه دل أن العقد يجوز أن يبقى بعد هلاك المعقود عليه في الجملة إذا كان في بقائه فائدة، وههنا في بقائه فائدة فيبقى في حقه كما في حق الرجوع بنقصان العيب.

وعلى هذا الخلاف الزيادة في مهر المرأة بعد موتها أنها جائزة عندنا وعنده لا تجوز، ولو اشترى عبداً بجارية وتقابضا ثم مات أحدهما ثم زاد أحدهما صاحبه جازت الزيادة عند أبي حنيفة وأبي يوسف.

أما عند أبي حنيفة رحمه الله: فظاهر، لأن هلاك المبيع عنده لا يمنع الزيادة.

وأما عند أبي يوسف: فلأنهما تبايعا عيناً بعين والعقد عنده إذا وقع على عين بعين فهلاك أحد العينين لا يمنع صحة الإقالة فلا يمنع صحة الزيادة، ولو كان المبيع قائماً لكن قطع رجل يده عند المشتري فأخذ أرشها ثم زاد المشتري في الثمن شيئاً جازت الزيادة.

أما عند أبي حنيفة: فظاهر، لأن هلاك جميع المعقود عليه لا يمنع الزيادة فهلاك البعض أولى.

وأما عندهما: فلأن المعقود عليه قائم فكان العقد قائماً فكان محتملاً للتغيير بالزيادة، ولو رهن المبيع أو آجره ثم زاد المشتري في الثمن جازت الزيادة بلا خلاف بين أصحابنا على اختلاف الأصلين على ما ذكرنا، وقال محمد: لو اشترى جارية وقبضها فماتت في يده وزاد البائع المشتري جارية أخرى فالزيادة جائزة، لأن زيادة المبيع تثبت بمقابلة الثمن والثمن قائم، ولو زاد المشتري البائع لم يجز، لأن زيادة الثمن تثبت مقابلة بالمبيع وأنه هالك.

وهذا على قياس قولهما: إن قيام المبيع شرط لجواز الزيادة فهلاكه يكون مانعاً، أما على أصل أبي حنيفة فالزيادة في الحالين جائزة لأن قيام المبيع عنده ليس بشرط لصحة الزيادة فلا يكون هلاكه مانعاً والله عز وجل أعلم.

وأما قيام المعقود عليه فليس بشرط لصحة الحط بالإجماع، أما عند أبي حنيفة فظاهر لأنه ليس بشرط لصحة/ الزيادة فالحط أولى. [أ/١٤٥/م]

وأما عندهما: فلأنه ليس من شرط صحة الحط أن يلتحق بأصل العقد لا محالة ألا ترى أنه يصح الحط عن جميع الثمن فلا يلتحق إذ لو التحق لعرى العقد عن الثمن فلم يلتحق واعتبر حطاً للحال، ولأن الحط ليس تصرف مقابلة ليشترط له قيام المحل القابل بل هو تصرف في الثمن بإسقاط شطره فلا يراعى له قيام المعقود عليه بخلاف الزيادة فلذلك اختلفا ثم الزيادة مع الحط يختلفان في حكم آخر وهو أن الزيادة تنقسم على قدر قيمة المبيع والحط لا ينقسم كما لو اشترى عبدين من رجل بألف درهم وزاده المشتري مائة درهم، فإن الزيادة تنقسم على قدر قيمتهما سواء اشترى ولم يسم لكل واحد منهما ثمناً أو سمى.

وإن حط البائع عن المشتري مائة درهم كان الحط نصفين وإنما كان كذلك لأن الثمن يقابل المبيع، فإذا زاد في ثمن المبيعين مطلقاً فلا بد وأن تقابلهما الزيادة كأصل الثمن والمقابلة في غير أموال الربا تقتضي الانفساخ من حيث القيمة حكماً للمعاوضة والمزاحمة كمقابلة أصل الثمن على ما بينا فيما تقدم.

بخلاف الحط فإنه لا تعلق له بالمبيع لأنه تصرف في المبيع خاصة بإسقاط بعضه فإذا حط من ثمنهما مطلقاً فقد سوى بينهما في الحط فكان الحط بينهما نصفين، وإن كان ثمن أحدهما أكثر ولا يلتفت إلى زيادة قدر الثمن، لأن الحط غير مقابل بالثمن حتى تعتبر قيمة القدر والله عز وجل أعلم.

وأما كيفية الجواز فالزيادة في المبيع والثمن عندنا تلتحق بأصل العقد كان العقد من الابتداء ورد على الأصل والزيادة جميعاً إذا لم يتضمن الالتحاق فساد أصل العقد بلا خلاف بين أصحابنا.

وكذلك الحط فأما إذا تضمن ذلك بأن كانت الزيادة في الأموال الربوية فهل يلتحق به ويفسده أم لا يلتحق به؟ وكذلك الحط اختلف أصحابنا في ذلك: قال أبو حنيفة رضي الله عنه: الزيادة والحط يلتحقان بأصل العقد ويفسدانه، وقال أبو يوسف: يبطلانه ولا يلتحقان بأصل وأصل العقد صحيح على حاله.

وقال محمد: الزيادة باطلة والعقد على حاله والحط جائز هبة مبتدأة، وهذا بناء على أصل ذكرناه فيما تقدم أن الشرط الفاسد المتأخر عن العقد الصحيح إذا ألحق به هل يلتحق به ويؤثر في فساده أم لا، وهو على الاختلاف الذي ذكرنا أن الزيادة بمنزلة شرط فاسد متأخر عن العقد/ الصحيح ألحق به، فأبو يوسف يقول لا تصح الزيادة والحط في أموال الربا، لأن ذلك لو صح لالتحق بأصل العقد. [ب/١٤٥م]

ولو التحق بأصل العقد لأوجب فساد أصل العقد لتحقق الربا فلم يصح فبقي أصل العقد صحيحاً كما كان، ومحمد يقول لا يصلح الزيادة لما قاله أبو يوسف فلم تؤثر في أصل العقد فبقي على حاله، ويصح الحط لأن الالتحاق من لوازم الزيادة، فأما ما ليس من لوازم الزيادة فلا يصح الحط على ما ذكرنا فيما تقدم.

وأبو حنيفة يقول: الزيادة، والحط صحيحان زيادة وحطاً، لأن العاقدين أوقعاهما زيادة وحطاً ولهما ولاية فيقعان زيادة وحطاً، ومن شأن الزيادة والحط الالتحاق بأصل العقد فيلتحقان به فكانت الزيادة والحط ههنا إبطالاً للعقد السابق، ولهما ولاية الإبطال بالفسخ، وكذا بالزيادة والحط، والله عز وجل أعلم.

وأما البيع الذي فيه خيار فلا يمكن معرفة حكمه إلا بعد معرفة أنواع الخيارات فنقول وبالله التوفيق: الخيارات نوعان: نوع يثبت شرطاً، ونوع يثبت شرعاً لا شرطاً، والشرط لا يخلو إما أن يثبت نصاً وإما أن يثبت دلالة.

أما الخيار الثابت بالشرط فنوعان:

أحدهما: يسمى خيار التعيين.

والثاني: خيار الشرط.

أما خيار التعيين فالكلام فيه في جواز البيع الذي فيه خيار التعيين قد ذكرناه في موضعه وإنما الحاجة ههنا إلى بيان حكم هذا البيع وإلى بيان صفة الحكم وإلى بيان ما يبطل به الخيار بعد ثبوته ويلزم.

أما الأول: فحكمه ثبوت الملك للمشتري في أحد المذكورين غير عين وخيار التعيين إليه عرف ذلك بنص كلامهما حيث قال البائع: بعت منك أحد هذين الثوبين أو هذين العبدين أو الدابتين أو غيرهما من الأشياء المتفاوتة على أن تأخذ أيهما شئت وقبل المشتري. وهذا يوجب ثبوت الملك للمشتري في أحدهما وثبوت خيار التعيين له والآخر يكون ملك البائع أمانة في يده إذا قبضه، لأنه قبضه بإذن المالك لا على وجه التمليك ولا على وجه الثبوت فكان أمانة، وليس للمشتري أن يأخذهما جميعاً، لأن المبيع أحدهما.

ولو هلك أحدهما قبل القبض لا يبطل البيع لأنه يحتمل أن يكون الهالك هو المبيع فيبطل البيع

بهلاكه، ويحتمل أن يكون غيره فلا يبطل والبيع قد صح بيقين ووقع الشك في بطلانه فلا يبطل بالشك ولكن المشتري بالخيار إن شاء أخذ الباقي بثمنه وإن شاء ترك لأن المبيع قد تغير قبل القبض بالتعيين فيوجب الخيار، وكذلك لو كان اشترى أحد الأثواب الثلاثة فهلك واحد منها وبقي اثنان لا يبطل لما قلنا وللمشتري أن يأخذ أيهما شاء لأن المالك إذا لم يعين المبيع كان أحد الباقين فكان له أن يأخذ أيهما شاء وله أن يتركهما، كما لو اشترى أحدهما من الابتداء.

ولو هلك الكل قبل القبض بطل البيع لأن المبيع قد هلك بيقين فيبطل البيع والله عز وجل أعلم.

وأما صفة هذا الحكم فهو أن الملك الثابت بهذا البيع قبل الاختيار ملك غير لازم وللمشتري أن يردهما جميعاً لأن خيار التعيين يمنع لزوم العقد كخيار العيب وخيار الرؤية فيمنع لزوم الملك فكان محتملاً للفسخ، وهذا لأن جواز هذا النوع من البيع إنما يثبت بتعامل الناس لحاجتهم إلى ذلك لما بينا فيما تقدم ولا تنعدم حاجتهم إلا بعد اللزوم؛ لأنه عسى لا يوافقه كلاهما جميعاً فيحتاج إلى ردهما.

وأما بيان ما يبطل به الخيار ويلزم البيع فنقول وبالله التوفيق: ما يبطل به الخيار ويلزم البيع في الأصل نوعان: اختياري وضروري، والاختياري نوعان أحدهما صريح الاختيار وما يجري مجرى الصريح، والثاني الاختيار من طريق الدلالة. أما الصريح فهو أن يقول: اخترت هذا الثوب أو شئته أو رضيت به أو اخترته وما يجري هذا المجرى، لأنه لما اختار أحدهما فقد عين ملكه فيه فيسقط خيار التعيين ولزم البيع.

وأما الاختيار من طريق الدلالة فهو أن يوجد منه فعل في أحدهما يدل على تعيين الملك فيه، وهو كل تصرف هو دليل اختيار الملك في الشراء بشرط الخيار وسنذكر ذلك في البيع بشرط الخيار إن شاء الله تعالى.

ولو تصرف البائع في أحدهما فتصرفه موقوف إن تعين ما تصرف فيه للبيع لم ينفذ تصرفه لأنه تبين أنه تصرف في ملك غيره، وإن تعين ما تصرف فيه للأمانة نفذ تصرفه لأنه ظهر إنه تصرف في ملك نفسه فينفذ.

وأما الضروري فنحو أن يهلك أحدهما بعد القبض/ فيبطل الخيار، لأن الهالك منهما تعين للبيع ولزمه [ب/١٤٦م] ثمنه وتعين الآخر للأمانة لأن أحدهما مبيع والآخر أمانة، والأمانة منهما مستحق الرد على البائع وقد خرج الهالك عن احتمال الرد فيه فتعين الباقي للرد فتعين الهالك للبيع ضرورة.

ولو هلكا جميعاً قبل القبض فلا يخلو إما إن هلكا على التعاقب وإما إن هلكا معاً فإن هلكا على التعاقب فالأول يهلك مبيعاً والآخر أمانة لما ذكرنا. وإن هَلكا معاً لزمه ثمن نصف كل واحد منهما لأنه ليس أحدهما بالتعيين أولى من الآخر فشاع البيع فيهما جميعاً.

ولو هلكا على التعاقب لكنهما اختلفا في ترتيب الهلاك، فإن كان ثمنهما متساوياً فلا فائدة في هذا الاختلاف، لأن أيهما هلك أولاً فثمن الآخر مثله فلا يفيد الاختلاف. وإن كان متفاوتاً بأن كان ثمن أحدهما أكثر فادعى البائع هلاك أكثرهما ثمناً وادعى المشتري هلاك أقلهما ثمناً؛ كان أبو يوسف أولاً يقول يتحالفان وأيهما نكل لزمه دعوى صاحبه، وإن حلفا جميعاً يجعل كأنهما هلكا معاً ويلزمه ثمن نصف كل واحد منهما. ثم رجع وقال القول قول المشتري مع يمينه وهو قول محمد لأنهما اتفقا على أصل الدين واختلفا في قدره. والأصل أن الاختلاف متى وقع بين صاحب الدين وبين المديون في قدر الدين أو في جنسه أو نوعه أو صفته

كان القول قول المديون مع يمينه، لأن صاحب الدين يدعي عليه زيادة وهو ينكر فكان القول قوله مع يمينه لأنه صاحب الدين وأيهما أقام البينة قبلت بينته وسقطت اليمين، وإن أقاما البينة فالبينة بينة البائع لأنها تظهر زيادة.

ولو تعيب أحدهما فإن كان قبل القبض لا يتعين المعيب للبيع، لأن التعيين لم يوجد لا نصاً ولا دلالةً ولا ضرورةً إلى التعيين أيضاً لإمكان الرد والمشتري على خياره وإن شاء أخذ المعيب منهما وإن شاء أخذ الآخر وإن شاء تركهما، كما لو لم يتعيب أصلاً، فإن أخذ المعيب منهما أخذه بجميع ثمنه لأنه تبين أنه هو المبيع من الأصل، وكذلك لو تعيبا جميعاً فالمشتري على خياره لما قلنا، وإن كان بعد القبض تعين المعيب للبيع ولزمه ثمنه وتعين الآخر للأمانة، كما إذا هلك أحدهما بعد القبض لأن تعيب المبيع هلاك بعضه فلهذا منع الرد ولزم البيع في المبيع المعين/ فكذا في غير المعين يمنع الرد وتعين المبيع. [أ/١٤٧م]

ولو تعيبا جميعاً فإن كان على التعاقب تعين الأول للبيع ولزمه ثمنه ويرد الآخر لما قلنا ولا يغرم بحدوث العيب شيئاً لما قلنا إنه أمانة. وإن تعيبا معاً لا يتعين أحدهما للبيع لأنه ليس أحدهما بالتعيين أولى من الآخر. وللمشتري أن يأخذ أيهما شاء بثمنه لأنه إذا لم يتعين أحدهما للبيع بقي المشتري على خياره إلا أنه ليس له أن يردهما جميعاً لأن البيع قد لزم في أحدهما بتعيينهما في يد المشتري وبطل خيار الشرط.

وهذا يؤيد قول من يقول من المشايخ: إن هذا البيع فيه خياران: خيار التعيين وخيار الشرط ولا بد له من رتبة معلومة إذ لو لم يكن لملك ردهما جميعاً كما لو لم يتعيب أحدهما أصلاً لكنه لم يملك، لأن ردهما جميعاً قبل التعييب ثبت حكماً لخيار الشرط، وقد بطل خيار الشرط بعد تعينهما معاً فلم يملك ردهما وبقي خيار التعيين فيملك رد أحدهما.

ولو ازداد عيب أحدهما أو حدث معه غيره لزمه ذلك لأن عدم التعيين للمزاحمة وقد بطلت بزيادة عيب أحدهما أو حدوث عيب آخر معه ولا يبطل هذا الخيار بموت المشتري بل يورث بخلاف خيار الشرط، لأن خيار التعيين إنما يثبت للمورث لثبوت الملك له في أحدهما غير عين وقد قام الوارث مقامه في ذلك الملك فله أن يختار أيهما شاء دون الآخر، إلا أنه ليس له أن يردهما جميعاً، وقد كان للمورث ذلك. وهذا يؤيد قول أولئك المشايخ أنه لا بد من خيارين في هذا البيع وقد بطل أحدهما وهو خيار الشرط بالموت لأنه لا يورث على أصل أصحابنا فبطل الحكم المختص به وهو ولاية ردهما جميعاً.

هذا إذا اشترى أحدهما شراء صحيحاً، فأما إذا اشترى أحدهما شراء فاسداً بأن قال البائع بعت منك أحد هذين العبدين بكذا ولم يذكر الخيار أصلاً فإن المشتري لا يملك واحداً منهما قبل القبض لأن البيع الفاسد لا يفيد الملك قبل القبض. فإن قبضهما ملك أحدهما ملكاً فاسداً. وأيهما هلك لزمته قيمته لأنه تعين للبيع والبيع الفاسد يوجب الملك بالقيمة.

[ب/١٤٧م] ولو هلكا فإن كان على التعاقب/ لزمته قيمة الهالك الأول لأنه تعين للبيع وإنه بيع فاسد فيفيد المالك بالقيمة[1].

---

(١) سقط من المطبوع.

ولو هلكا معاً لزمه نصف قيمة كل واحد منهما لأنه ليس أحدهما بتعيينه للبيع أولى من الآخر فشاع البيع فيهما، ولو تعيب أحدهما فعليه أن يردهما جميعاً؛ أما غير المعيب فلأنه أمانة، وأما المعيب فلأنه تعين للبيع، والمشترى شراء فاسداً واجب الرد فيردهما ويرد معهما نصف نقصان العيب، لأن المتعيب يحتمل أن يكون هو المبيع فيجب نقصان العيب، ويحتمل أن يكون هو الأمانة فلا يجب شيء ولا دلالة على التعيين فينتصف الواجب. ولو تعيب الآخر بعد ذلك.

وكذا الجواب في نقصان الآخر لأن أحدهما أمانة والآخر مضمون بالقيمة. ولو تعيبا معاً فكذلك يردهما مع نصف نقصان كل واحد منهما لأن أحدهما ليس بأولى من الآخر في التعيين للبيع.

ولو تصرف المشتري في أحدهما يجوز تصرفه فيه ولزمته قيمته ولا يجوز تصرفه في الآخر بعد ذلك، لأن المتصرف فيه تعين للبيع.

ولو تصرف البائع في أحدهما فتصرفه موقوف إن رد ذلك عليه نفذ تصرفه فيه لأنه تبين أنه تصرف في ملك نفسه، وإن لم يرد عليه وتصرف فيه المشتري نفذ تصرفه فيه ولزمته قيمته وبطل تصرف البائع فيه، وكذلك إذا هلك في يد المشتري، والأصل أن في كل موضع يلزم المشتري الثمن في البيع الصحيح تلزمه القيمة في البيع الفاسد والله عز وجل أعلم.

هذا إذا كان الخيار للمشتري أما إذا كان الخيار للبائع فلا يزول أحدهما عن ملكه بنفس البيع وله أن يلزم المشتري أي ثوب شاء قبضه للخيار، وليس للمشتري خيار الترك، لأن البيع بات في جانبه وللبائع أن يفسخ البيع لأنه غير لازم وليس للبائع أن يلزمهما المشتري لأن المبيع أحدهما، ولو هلك أحدهما قبل القبض لا يبطل البيع ويهلك أمانة لما ذكرنا في خيار المشتري، وخيار البائع على حاله إن شاء ألزم المشتري الباقي منهما لأنه تعين للبيع وإن شاء فسخ البيع فيه لأنه غير لازم وليس له أن يلزمه الهالك لأنه هلك أمانة.

وإن هلكا جميعاً قبل القبض بطل البيع بهلاك المبيع قبل القبض بيقين، وإن هلك أحدهما بعد القبض كان الهالك أمانة أيضاً كما لو هلك قبل القبض وألزمه/ الباقي منهما إن شاء، وإن شاء فسخ البيع فيه، لأن [أ/١٤٨م] خيار البائع يمنع زوال السلعة عن ملكه فيهلك على ملك البائع وله الخيار لما قلنا. وإن هلكا جميعاً فإن كان هلاكهما على التعاقب فالأول يهلك أمانة وعليه قيمة آخرهما هلاكاً لأنه تعين للبيع وإنه مبيع هلك في يد المشتري وفيه خيار للبائع فتجب قيمته، وإن هلكا معاً لزمه نصف قيمة كل واحد منهما لأنه ليس أحدهما بالتعيين أولى من الآخر.

ولو تعيب أحدهما أو تعيبا معاً قبل القبض أو بعده فخيار البائع على حاله لأن المعيب لم يتعين للبيع لانعدام المعين فكان البائع على خياره له أن يلزم المشتري أيهما شاء كما قبل التعيب.

ثم إذا لزمه أحدهما ينظر إن كان ذلك غير المتعيب منهما لزمه ما لزمه ولا خيار للمشتري في تركه لانعدام التعين فيه، وإن كان ما لزمه هو المتعيب، فإن تعيب قبل القبض فالمشتري بالخيار لأن المبيع قد تغير قبل القبض وتَغَيُّر المبيع قبل القبض يوجب الخيار للمشتري، وإن تعيب بعد القبض فلا خيار له لأن التعين بعد القبض لا يثبت الخيار، إن شاء البائع فسخ البيع واستردهما لأن البيع غير لازم فله ولاية الفسخ.

ثم ينظر إن كان تعيبهما في يد البائع فلا شيء له، لأنهما تعيبا لا في ضمان المشتري، وإن كان تعيبهما في يد المشتري فللبائع أن يأخذ من المشتري نصف نقصان كل واحد منهما، لأن أحدهما مضمون عنده بالقيمة والآخر عنده أمانة ولا يعلم أحدهما من الآخر، ولا يجوز للمشتري أن يتصرف فيهما أو في أحدهما لأن أحدهما ليس بمبيع بيقين والآخر مبيع لكن لبائعه فيه خيار وخيار البائع يمنع زوال المبيع عن ملكه.

ولو تصرف البائع في أحدهما جاز تصرفه فيه ويتعين الآخر للبيع وله خيار الإلزام فيه والفسخ، ولو تصرف فيهما جميعاً جاز تصرفه فيهما ويكون فسخاً للبيع لأن تصرفه فيهما دليل إقرار الملك فيهما فيضمن فسخ البيع كما في المبيع المعين، والله أعلم.

وأما خيار الشرط فالكلام في جواز البيع بشرط الخيار وشرائه قد مر في موضعه، وإنما الحاجة ههنا إلى بيان صفة هذا البيع وإلى بيان حكمه وإلى بيان ما يسقط به الخيار ويلزم البيع وإلى بيان ما/ ينفسخ به البيع. [ب/١٤٨م]

أما صفته فهي: أنه بيع غير لازم لأن الخيار يمنع لزوم الصفقة. قال سيدنا عمر رضي الله عنه: «البَيعُ صفقةٌ أو خيار». ولأن الخيار هو التخيير بين البيع والإجازة وهذا يمنع اللزوم كخيار العيب وخيار الرؤية.

ثم الخيار كما يمنع لزوم الصفقة فعدم القبض يمنع تمام الصفقة، لأن الثابت بنفس البيع ملك غير متأكد وإنما التأكد بالقبض، وعلى هذا يخرج ما إذا كان المبيع شيئاً واحداً أو أشياء أنه ليس لمن له الخيار أن يجيز البيع في البعض دون البعض من غير رضا الآخر سواء كان الخيار للبائع أو للمشتري، وسواء كان البيع مقبوضاً أو غير مقبوض، لأن الإجازة في البعض دون البعض تفريق الصفقة في اللزوم، وكما لا يجوز تفريق أصل الصفقة وهو الإيجاب والقبول إلا برضا العاقدين بأن يقبل البيع في بعض المبيع دون البعض بعد إضافة الإيجاب والقبول إلى الجملة ويوجب البيع بعد إضافة القبول إلى جملته لا يجوز في وصفها. وهو أن يلزم البيع في البعض دون البعض إلا برضاهما. ولو هلك أحد العبدين في يد البائع والخيار له لم يكن له أن يجيز البيع في الباقي إلا برضا المشتري، لأن البيع انفسخ في قدر الهالك فالإجازة في الباقي تكون تفريق الصفقة على المشتري فلا يجوز من غير رضاه.

ولو هلك أحدهما في يد المشتري فللبائع أن يجيز البيع في الباقي في قياس قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله.

وقال محمد رحمه الله: ينتقض البيع وليس له أن يجيز البيع في الباقي، وإن كان المبيع بما له مثل من المكيل والموزون والعددي المتقارب فهلك بعضه فللبائع أن يجيز البيع في الباقي بلا خلاف.

وجه قول محمد: أن الإجازة ههنا بمنزلة إنشاء التمليك لأن خيار البائع يمنع خروج المبيع عن ملكه فكان للإجازة حكم الإنشاء، والهالك منهما خرج عن احتمال الإنشاء والإنشاء في الباقي تمليك بحصته من الثمن وهي مجهولة فيما لا مثل له فلم يحتمل الإنشاء وفيما له مثل معلومة فاحتمل الإنشاء.

وجه قولهما: أن هذه الإجازة تظهر أن العقد من حين وجوده انعقد في حق الحكم فلم يكن الهلاك

مانعاً من الإجازة. وقوله الإجازة ههنا إنشاء، قلنا ممنوع فإن العقد ينعقد في حق الحكم بدون الإجازة من/ [أ/١٤٩/م] انقضاء المدة وبموت من له الخيار، ولو كانت الإجازة إنشاء لتوقف حكم العقد على وجودها وهذا بخلاف بيع الفضولي إذا هلك المبيع قبل الإجازة ثم أجازه المالك لم يجز وههنا جاز فهلاك المبيع في بيع الفضولي يمنع من الإجازة وههنا لا يمنع.

وجه الفرق: أن بيع الفضولي يثبت بطريق الاستناد والمستند ظاهر من وجه مقتصر من وجه فكانت الإجازة إظهاراً من وجه إنشاء من وجه، فمن حيث إنها إظهار كان لا يقف صحته على قيام المحل، ومن حيث إنها إنشاء يقف عليه.

فأما البيع بشرط الخيار فالحكم يثبت عند الإجازة بطريق الظهور المحض فكانت الإجازة إظهاراً أن العقد من وقت وجوده انعقد في حق الحكم والمحل كان قابلاً وقت العقد فهلاكه بعد ذلك لا يمنع من الإجازة والله أعلم.

وعلى هذا يخرج قول أبي حنيفة في رجلين اشتريا شيئاً على أنهما بالخيار فيه ثلاثة أيام فاختار أنه يلزم البيع حتى لا يملك الآخر الفسخ احترازاً عن تفريق الصفقة في اللزوم، وسنذكر المسألة في خيار العيب إن شاء الله تعالى.

وأما حكم هذا البيع فقد اختلف العلماء فيه قال أصحابنا: لا حكم للحال والخيار يمنع انعقاد العقد في الحكم للحال لمن له الخيار بل هو للحال موقوف على معنى أنه لا يعرف حكمه للحال وإنما يعرف عند سقوط الخيار لأنه لا يُدْرَىٰ أنه يتصل به الفسخ أو الإجازة فيتوقف في الجواب للحال وهذا تفسير التوقف عندنا، وقال الشافعي رحمه الله: في قول مثل قولنا، وفي قول هو منعقد مفيد للتملك لكن ملكاً مسلطاً على فسخه بالخيار.

وجه قوله: أن البيع بشرط الخيار لا يفارق البيع البات إلا في الخيار والخيار لا يمنع ثبوت الملك كخيار العيب بالإجماع وخيار الرؤية على أصلكم.

ولنا: أن جواز هذا البيع مع أنه معدول به عن القياس للحاجة إلى دفع الغبن ولا اندفاع لهذه الحاجة إلا بامتناع ثبوت الملك للحال، لأن من الجائز أن يكون المُشْتَرَىٰ قريب المشتري فلو ملكه للحال لعتق عليه للحال فلا تندفع حاجته ثم الخيار لا يخلو إما إن كان للبائع والمشتري جميعاً، وإما إن كان للبائع وحده، وإما إن كان/ للمشتري وحده، وإما إن كان لغيرهما بأن شرط أحدهما الخيار لثالث، فإن كان الخيار لهما [ب/١٤٩/م] فلا ينعقد العقد في حق الحكم في البدلين جميعاً فلا يزول المبيع عن ملك البائع ولا يدخل في ملك المشتري.

وكذا لا يزول الثمن عن ملك المشتري ولا يدخل في ملك البائع، لأن المانع من الانعقاد في حق الحكم موجود في الجانبين جميعاً وهو الخيار، وإن كان البائع وحده فلا ينعقد في الحكم في حقه حتى لا يزول المبيع عن ملكه ولا يجوز للمشتري أن يتصرف فيه ويخرج الثمن عن ملك المشتري، لأن البيع بات في حقه وهل يدخل في ملك البائع؟ عند أبي حنيفة لا يدخل وعند أبي يوسف ومحمد يدخل، وإن كان

للمشتري وحده لا ينعقد في حق الحكم في حقه حتى لا يزول الثمن عن ملكه.

ولا يجوز للبائع أن يتصرف فيه إذا كان عيناً ولا يستحقه على المشتري إذا كان ديناً ويخرج المبيع عن ملك البائع حتى لا يجوز له التصرف فيه، لأن البيع بات في حقه وهل يدخل في ملك المشتري؟ عند أبي حنيفة لا يدخل وعندهما يدخل.

وجه قولهما: أن ثبوت الحكم عند وجود المستدعي هو الأصل والامتناع بعارض والمانع ههنا هو الخيار وأنه وجد في أحد الجانبين لا غير فيعمل في المنع فيه لا في الجانب الآخر، ألا ترى كيف خرج المبيع عن ملك البائع إذا كان الخيار للمشتري والثمن عن ملك المشتري إذا كان الخيار للبائع فدل أن البيع بات في حق من لا خيار له فيعمل في بتات هذا الحكم الذي وضع له.

وجه قول أبي حنيفة رحمه الله: أن الخيار إذا كان للبائع فالمبيع لم يخرج عن ملكه، وإذا كان للمشتري فالثمن لم يخرج عن ملكه، وهذا يمنع دخول الثمن في ملك البائع في الأول ودخول المبيع في ملك المشتري لوجهين:

أحدهما: أنه جمع بين البدل والمبدل في عقد المبادلة، وهذا لا يجوز.

والثاني: أن في هذا ترك التسوية بين العاقدين في حكم المعاوضة وهذا لا يجوز لأنهما لا يرضيان بالتفاوت.

وقولهما: البيع بات في حق من لا خيار له، قلنا: هذا يوجب البتات في حق الزوال لا في حق الثبوت، لأن الخيار من أحد الجانبين له أثر في المنع من الزوال وامتناع الزوال من أحد الجانبين يمنع الثبوت/ [أ/١٥٠/م] من الجانب الآخر إن كان لا يمنع الزوال لما ذكرنا من الوجهين، ويتفرع على هذا الأصل بين أبي حنيفة وصاحبيه مسائل.

منها: إذا اشترى ذا رحم محرم منه على أنه بالخيار ثلاثة أيام لا يعتق عليه عند أبي حنيفة رحمه الله لأنه لم يدخل في ملكه عنده ولا عتق بدون الملك وهو على خياره إن شاء فسخ البيع وإن شاء أجازه، فإن فسخ لا يعتق لأن العبد عاد إلى ملك البائع، وإن أجازه عتق لأنه سقط الخيار ولزم العقد فيلزمه الثمن وعندهما يعتق عليه بنفس الشراء ويلزمه الثمن ويبطل خياره لأنه دخل في ملكه ولو قال لعبدِ الغير: إن اشتريتك فأنت حر، فاشتراه على أنه بالخيار ثلاثة أيام عتق عليه بالإجماع.

أما عندهما: فظاهر لأنه ملكه بنفس الشراء فوجد شرط الحنث فعتق. وأما عند أبي حنيفة فلأن المعلق بالشرط كالمنجز عند وجود الشرط، ولو نجز عتقه بعد شرائه بشرط الخيار عتق وسقط خياره لكون الإعتاق إجازة واختياراً للملك على ما نذكر. كذا هذا والله عز وجل أعلم.

ومنها: إذا اشترى جارية قد ولدت منه بالنكاح على أنه بالخيار ثلاثة أيام لا تصير أم ولد له عند أبي حنيفة لأنها لم تدخل في ملكه وهو على خياره إن شاء فسخ البيع وعادت إلى ملك البائع، وإن شاء أجازه وصارت أم ولد له ولزمه الثمن وعندهما صارت أم ولده بنفس الشراء لأنها دخلت في ملكه فبطل خياره ولزمه الثمن.

ومنها: إذا اشترى زوجته بشرط الخيار ثلاثة أيام لا يفسد النكاح عند أبي حنيفة لأنها لم تدخل في ملكه عنده وعندهما فسد لدخولها في ملكه وملك أحد الزوجين رقبة صاحبه أو شقصاً منها يرفع النكاح، فإن وطئها في مدة الخيار فإن كانت بكراً كان إجازة بالإجماع.

أما عند أبي حنيفة: فلأجل النقصان بإزالة البكارة وهي العذرة لا لأجل الوطء لأن ملك النكاح قائم فكان حل الوطء قائماً فلا حاجة إلى ملك اليمين. وأما عندهما فلأجل النقصان والوطء جميعاً، فإن كانت ثيباً لا يبطل خياره عند أبي حنيفة لأن بطلانه الخيار لضرورة حل الوطء/ ولا ضرورة لأن ملك النكاح قائم [ب/١٥٠/م] فكان حل الوطء ثابتاً فلا ضرورة إلى ملك اليمين بحل الوطء فلم يبطل الخيار وعندهما يبطل خياره لضرورة حل الوطء بملك اليمين لارتفاع النكاح بنفس الشراء بخلاف ما إذا لم تكن الجارية زوجة له ووطئها أنه يكون إجازة، سواء كانت بكراً أو ثيباً لأن حل الوطء هناك لا يثبت إلا بملك اليمين لانعدام النكاح فكان إقدامه على الوطء اختياراً للملك فيبطل الخيار.

ومنها: إذا اشترى جارية على أنه بالخيار ثلاثة أيام وقبضها فحاضت عنده في مدة الخيار حيضة كاملة أو بعض حيضة في مدة الخيار فاختار البيع لا تجزي تلك الحيضة في الاستبراء عند أبي حنيفة وعليه أن يستبرئها بحيضة أخرى لأنها لم تدخل في ملكه عنده ولم يوجد سبب وجوب الاستبراء وعندهما يحتسب بها لأنها دخلت في ملكه فكانت الحيضة بعد وجود سبب وجوب الاستبراء فكانت محسوبة منه.

ولو اختار فسخ البيع ورد الجارية فلا استبراء على البائع عند أبي حنيفة، سواء كان الرد قبل القبض أو بعده، وعندهما قبل القبض القياس أن يجب، وفي الاستحسان لا يجب وبعد القبض يجب قياساً واستحساناً على ما ذكرنا في مسائل الاستبراء.

وإن كان الخيار للبائع ففسخ العقد لا يجب عليه الاستبراء لأنها لم تخرج عن ملكه، وإن أجازه فعلى المشتري أن يستبرئها بعد الإجازة والقبض بحيضة أخرى بالإجماع لأنه ملكها بعد الإجازة وبعد القبض ملكاً مطلقاً.

ومنها: إذا اشترى شيئاً بعينه على أنه بالخيار ثلاثة أيام فقبضه بإذن البائع ثم أودعه البائع في مدة الخيار فهلك في مدة الخيار أو بعدها يهلك على البائع ويبطل البيع عند أبي حنيفة لأنه لم يدخل في ملك المشتري، ولما دخل رده على البائع فقد ارتفع قبضه فهلك المبيع قبل القبض وعندهما يهلك على المشتري ويلزمه الثمن لأنه دخل في ملكه ـ أعني المشتري ـ فقد أودع ملك نفسه ويد المودع يده فهلاكه في يده كهلاكه في يد نفسه، ولو كان الخيار للبائع فسلمه إلى المشتري ثم إن المشتري أودعه البائع في مدة الخيار فهلك في يد البائع قبل جواز البيع أو بعده بطل البيع/ بالإجماع، ولو كان البيع باتاً فقبضه المشتري بإذن البائع أو بغير [أ/١٥١/م] إذنه والثمن منقود أو مؤجل وله خيار رؤية أو عيب فأودعه البائع فهلك عند البائع يهلك على المشتري ويلزمه الثمن بالإجماع، لأن خيار الرؤية والعيب لا يمنع انعقاد العقد في حق الحكم فكان مودعاً ملك نفسه والله عز وجل أعلم.

ومنها: إذا اشترى ذمي من ذمي خمراً أو خنزيراً على أنه بالخيار ثلاثة أيام وقبضه ثم أسلم المشتري

بطل العقد عند أبي حنيفة، لأنه لم يدخل في ملك المشتري والمسلم ممنوع عن تملك الخمر بالبيع، وعندهما يلزم العقد ولا يبطل، لأنه دخل في ملك المشتري والإسلام يمنع من إخراجه عن ملكه.

ولو أسلم البائع لا يبطل البيع بالإجماع، لأن البيع باتّ في جانبه والإسلام في البيع الباتّ لا يوجب بطلانه إذا كان بعد القبض والمشتري على خياره، فإن أجاز البيع جاز ويلزمه الثمن، وإن فسخه انفسخ وصار الخمر للبائع حكماً والمسلم من أهل أن يتملك الخمر حكماً.

ألا ترى أنه يتملكها بالميراث، ولو كان الخيار للبائع فأسلم البائع بطل الخيار، لأن خيار البائع يمنع خروج السلعة عن ملكه والإسلام يمنع إخراج الخمر عن ملكه بالعقد فبطل العقد.

ولو أسلم المشتري لا يبطل البيع، لأن البيع بات في جانبه والبائع على خياره فإن فسخ البيع عادت الخمر إليه، وإن أجازه صار الخمر للمشتري حكماً والمسلم من أهل أن يتملكها حكماً كما في الإرث، ولو كان البيع باتاً فأسلما أو أسلم أحدهما لا يبطل البيع، لأن الإسلام متى ورد والحرام مقبوض يلاقيه بالعفو لأنه لم يثبت بعد الإسلام ملك مبتدأ لثبوتها بالعقد والقبض على الكمال وإنما يوجد بعد الإسلام دوام الملك والإسلام لا ينافيه، فإن المسلم إذا تخمر عصيره فلا يؤمر بإبطال حقه فيها.

هذا كله إذا أسلما أو أسلم أحدهما بعد القبض، فأما إذا كان قبل القبض بطل البيع كيف ما كان سواء كان البيع باتاً أو بشرط الخيار لهما أو لأحدهما لأن الإسلام متى ورد والحرام غير مقبوض يمنع من قبضه بحكم العقد لما في القبض من معنى إنشاء العقد من وجه/ فيلحق به في باب الحرمات احتياطاً على ما ذكرنا [ب/١٥١م] فيما تقدم، وقد تظهر فوائد هذا الأصل في فروع أخر يطول ذكرها وإن كان المبيع داراً فإن كان الخيار للبائع لا يثبت للشفيع فيها حق الشفعة لأن المبيع لم يخرج عن ملك البائع وإن كان للمشتري يثبت للشفيع حق الشفعة بالإجماع أما على أصلهما فظاهر لأن المبيع في ملك المشترى، وأما على أصل أبي حنيفة فالمبيع وإن لم يدخل في ملك المشتري لكنه قد زال عن ملك البائع بالإجماع وحق الشفعة يعتمد زوال ملك البائع لا ثبوت ملك المشتري. والله أعلم.

ولو تبايعا عبداً بجارية والخيار للبائع فأعتق البائع العبد نفذ إعتاقه وانفسخ البيع لأن خيار البائع يمنع زوال العبد عن ملكه فقد أعتق ملك نفسه فنفذ، وإن أعتق الجارية نفذ أيضاً ولزم البيع.

أما على أصلهما فظاهر لأنه ملكها فأعتق ملك نفسه، وأما على أصل أبي حنيفة وإن لم يملكها بالعقد لكن الإقدام على الإعتاق دليل عقد الملك، إذ لا وجود للعتق إلا بالملك ولا ملك بسقوط الخيار فتضمن إقدامه على الإعتاق إسقاط الخيار، ولو أعتقهما معاً نفذ إعتاقهما جميعاً وبطل البيع وعليه قيمة الجارية، وعندهما نفذ إعتاقهما ولا شيء عليه أما نفوذ إعتاقهما؛ أما العبد فلا شك فيه لأنه لم يخرج عن ملك البائع بلا خلاف، وأما الجارية فكذلك على أصلهما لأنها دخلت في ملكه.

وعند أبي حنيفة: وإن لم تدخل في ملكه بنفس العقد فقد دخلت بمقتضى الإقدام على إعتاقهما على ما بينا، فإعتاقهما صادف محلاً مملوكاً للمعتق فنفذ.

وأما لزوم قيمة الجارية عند أبي حنيفة فلأن العبد بدل الجارية وقد هلك قبل التسليم بالإعتاق وهلاك

المبيع قبل التسليم يوجب بطلان البيع، وإذا بطل البيع وجب رد الجارية وقد عجز عن ردها بسبب العتق فيغرم قيمتها، ولو أعتق المشتري العبد أو الجارية لم ينفذ إعتاقه.

أما العبد فلأنه لم يدخل في ملكه، وأما الجارية فلأنها خرجت عن ملكه والله عز وجل أعلم.

وأما بيان ما يسقط به الخيار ويلزم البيع فنقول وبالله التوفيق: أما خيار البائع فما يسقط به خياره ويلزم البيع نوعان من الأصل، أحدهما: اختياري، والآخر: /ضروري، أما الاختياري فالإجازة، لأن الأصل هو لزوم البيع والامتناع بعارض الخيار وقد بطل بالإجازة فيلزم البيع. والإجازة نوعان: صريح وما هو في معنى الصريح ودلالة.

أما الأول: فنحو أن يقول البائع أجزت البيع أو أوجبته أو أسقطت الخيار أو أبطلته وما يجري هذا المجرى سواء علم المشتري الإجازة أو لم يعلم.

وأما الإجازة بطريق الدلالة فهي أن يوجد منه تصرف في الثمن يدل على الإجازة وإيجاب البيع فالإقدام عليه يكون إجازة للبيع دلالة.

والأصل فيه ما روي أن رسول الله ﷺ قال لبريرة حين عتقت: «مَلكتِ بِضْعَكَ فاختاري وإنْ وَطِئَكِ زَوْجُكِ فلا خِيَارَ لَكِ»[1] فقد جعل النبي عليه الصلاة والسلام تمكينها من الوطء دليل بطلان الخيار فصار ذلك أصلاً لأن الخيار كما يسقط بصريح الإسقاط يسقط بالإسقاط من طريق الدلالة.

وعلى هذا يخرج ما إذا كان الثمن عيناً فتصرف البائع فيه تصرف الملاك بأن باعه أو ساومه أو أعتقه أو دبره أو كاتبه أو آجره أو رهنه ونحو ذلك، لأن ذلك يكون إجازة للبيع.

أما على أصلهما فلأن الثمن دخل في ملك البائع فكان التصرف فيه دليل تقرر ملكه وأنه دليل إجازة البيع.

وأما على أصل أبي حنيفة فالإقدام على التصرف يكون دليل اختيار الملك فيه وذا دليل الإجازة، وكذا لو كان الثمن ديناً فأبرأ البائع المشتري من الثمن أو اشترى به شيئاً منه أو وهبه من المشتري فهو إجازة للبيع لما قلنا، ويصح شراؤه وهبته، لأن هبة الدين والشراء به ممن عليه الدين وأنه جائز، وكذا لو ساومه البائع بالثمن الذي في ذمته شيئاً لأنه قصد تملك ذلك الشيء ولا يمكنه التملك إلا بثبوت ملكه في الثمن أو تقرره فيه.

ولو اشترى بالثمن شيئاً من غيره لم يصح الشراء وكان إجازة، أما عدم صحة الشراء فلأنه شراء بالدين من غير من عليه الدين.

وأما كونه إجازة للبيع فلأن الشراء به من غيره وإن لم يصح لكنه قصد التملك وذا دليل الإجازة كما إذا ساومه بل أولى، لأن الشراء به في الدلالة على قصده/ التملك فوق المساومة فلما كانت المساومة إجازة [ب/١٥٢/م] فالشراء أولى، بخلاف ما إذا كان البائع قبض الثمن الذي هو دين فاشترى به شيئاً أنه لا يكون إجازة للبيع،

---

(١) تقدم تخريجه.

لأن عين المقبوض ليس بمستحق الرد عند الفسخ، لأن الدراهم والدنانير لا يتعينان عندنا في الفسخ كما لا يتعينان في العقد فلم يكن المقبوض فيه مستحق الرد فلا يكون التصرف دليل الإجازة، بخلاف ما إذا اشترى به قبل القبض لأنه أضاف الشراء إلى عين ما هو مستحق بالعقد فكان دليل القصد إلى الملك أو تقرر الملك فيه على ما قلنا.

ولو كان الخيار للمشتري فأبرأه البائع من الثمن، قال أبو يوسف رحمه الله لا يصح الإبراء، لأن خيار المشتري يمنع وجوب الثمن والإبراء إسقاط وإسقاط ما ليس بثابت لا يتصور، وروي عن محمد رحمه الله أنه إذا أجاز البيع نفذ الإبراء، لأن الملك يثبت مستنداً إلى وقت البيع فتبين أن الثمن كان واجباً فكان إبراؤه بعد الوجوب فينفذ والله عز وجل أعلم.

وأما الضرورية فثلاثة أشياء:

أحدهما: مضي مدة الخيار، لأن الخيار مؤقت به والمؤقت إلى غاية ينتهي عند وجود الغاية لكن هل تدخل الغاية في شرط الخيار بأن شرط الخيار إلى الليل أو إلى الغد هل يدخل الليل أو الغد، قال أبو حنيفة عليه الرحمة تدخل، وقال أبو يوسف ومحمد: لا تدخل.

وجه قولهما: أن الغاية لا تدخل تحت ما ضربت له الغاية كما في قوله تعالى عز شأنه: ﴿ثُمَّ أَتِمُّوا الصِّيَامَ إِلَى اللَّيلِ﴾[1] حتى لا يجب الصوم في الليل، وكما في التأجيل إلى غاية أن الغاية لا تدخل تحت الأجل كذا هذا.

ولأبي حنيفة: أن الغايات منقسمة غاية إخراج وغاية إثبات فغاية الإخراج تدخل تحت ما ضربت له الغاية كما في قوله تعالى: ﴿فَاغْسِلُوا وُجُوهَكُمْ وأَيدِيَكُمْ إلى المَرَافِقِ﴾[2] والغاية ههنا في معنى غاية الإخراج، ألا ترى أنه لو لم يذكر الوقت أصلاً لاقتضى ثبوت الخيار في الأوقات كلها حتى لم يصح لأنه يكون في معنى شرط خيار مؤبد بخلاف التأجيل إلى غاية، فإنه لولا ذكر الغاية لم يثبت الأجل أصلاً فكانت الغاية غاية إثبات فلم تدخل تحت ما ضربت له الغاية، والثاني: موت البائع في مدة الخيار عندنا.

[١٥٣/أ/م] وقال الشافعي رحمه الله: لا يبطل الخيار بموته/ بل يقوم وارثه مقامه في الفسخ والإجازة والله عز وجل أعلم.

ولقب هذه المسألة أن خيار الشرط هل يورث أم لا؟ عندنا يورث وعنده لا يورث، وأجمعوا على أن خيار القبول لا يورث وكذا خيار الإجازة في بيع الفضولي لا يورث بالإجماع، وكذا الأجل لا يورث بالاتفاق، وأجمعوا على أن خيار العيب وخيار التعيين يورث.

وأما خيار الرؤية فلم يذكر في الأصل وذكر في الحيل أنه لا يورث، وكذا روى ابن سماعة عن محمد أنه لا يورث، احتج الشافعي رحمه الله بظواهر آيات المواريث حيث أثبت الله عز وجل الإرث في المتروك مطلقاً، والخيار متروك فيجري فيه الإرث، وبما روي عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال: «مَنْ تَرَكَ مَالاً

---

(١) سورة البقرة، الآية: (١٨٧).

(٢) سورة المائدة، الآية: (٦).

أو حقاً فلورثته»[1] والخيار حق تركه فيكون لورثته، ولأنه حق ثبت بالبيع فيجري فيه الإرث كالملك الثابت، وهذا لأن الإرث كما يثبت في الأملاك يثبت في الحقوق الثابتة بالبيع، ولهذا يثبت في خيار العيب وخيار التعيين، كذا هذا.

ولنا: أن الخيار لو ثبت للوارث لم يخل من أن يثبت ابتداء أو بطريق الإرث لا سبيل إلى الأول لأن الشرط لم يوجد من الوارث ابتداء وإثبات الخيار له من غير وجود شرط الخيار منه خلاف الحقيقة، ولا سبيل إلى الثاني لأن الوارث يعتمد الباقي بعد موت المورث وخياره لا يَبْقَىٰ بعد موته، لأن خياره يخيره بين الفسخ والإجازة ولا يتصور ذلك منه بعد موته فلا يورث، بخلاف خيار العيب والتعيين، لأن الموروث هناك محتمل للإرث وهو العين المملوكة، وأما الآية والحديث فنقول بموجبهما، لكن لم قلتم إن الخيار متروك، وهذا لأن المتروك عين تبقى والخيار عرض لا يبقى فلم يكن متروكاً فلا يورث، والله عز وجل أعلم.

والثالث: إجازة أحد الشريكين عند أبي حنيفة رحمه الله بأن تبايعا على أنهما بالخيار فأجاز أحدهما بطل الخيار ولزم البيع عنده حتى لا يملك صاحبه الفسخ وعندهما لا يبطل وخيار الآخر على حاله، وسنذكر المسألة/ في خيار العيب. ولو بلغ الصبي في مدة خيار الشرط للأب أو الوصي لنفسه في بيع مال الصبي هل [ب ١٥٣/أ] يبطل الخيار؟

قال أبو يوسف: يبطل ويلزم العقد، وقال محمد تنقل الإجازة إلى الصبي فلا يملك الولي الإجازة لكنه يملك الفسخ.

وجه قول محمد: أن الولي يتصرف في مال الصغير بطريق النيابة عنه شرعاً لعجزه عن التصرف بنفسه وقد زال العجز بالبلوغ فتنتقل الإجازة إليه إلا أنه يملك الفسخ لأنه من باب دفع الحق فيملكه كالفضولي في البيع إنه يملك الفسخ قبل إجازة المالك وإن لم يملك الإجازة.

وجه قول أبي يوسف: أن الخيار يثبت للولي وهو ولاية الفسخ والإجازة وقد بطل بالبلوغ فلا يحتمل الانتقال إلى الصبي، ولهذا لم ينتقل إلى الوارث بموت من له الخيار، ولو عجز المكاتب في مدة خيار شرطه لنفسه في البيع بطل الخيار ولزم البيع في قولهم جميعاً، لأنه لما عجز ورد إلى الرق لم يبق له ولاية الفسخ والإجازة فيسقط الخيار ضرورة كما يسقط بالموت وكذا العبد المأذون إذا حجر عليه المولى في مدة الخيار بطل خياره عند أبي يوسف وإحدى الروايتين عن محمد لما قلنا، ولو اشترى الأب أو الوصي شيئاً بدين في الذمة وشرط الخيار لنفسه ثم بلغ الصبي جاز العقد عليهما والصبي بالخيار إن شاء أجاز البيع وإن شاء فسخ.

أما الجواز عليهما فلأن ولايتهما قد انقطعت بالبلوغ فلا يملكان التصرف بالفسخ والإجازة فيبطل

---

(1) أخرجه الطيالسي برقم (٣٣٣٨) وأحمد في «المسند» (٢/ ٢٩٠ و٤٥٣) والبخاري في «صحيحه» في النفقات، باب قول النبي ﷺ: «من ترك كلاً أو ضياعاً فَإِلَيَّ» ومسلم في «صحيحه» في الفرائض، باب من ترك مالاً فلورثته برقم (١٦١٩).
وأبو داود في «سننه» في الخراج والإمارة، باب في أرزاق الذرية برقم (٢٩٥٥).
والترمذي في «جامعه» في الجنائز، باب ما جاء في الصلاة على المديون برقم (١٠٧٠).
والنسائي في «المجتبى» (٤/ ٦٦) في الجنائز، باب الصلاة على من عليه دين.
وابن ماجة في «سننه» في الصدقات، باب من ترك ديناً برقم (٢٤١٥).

خيارهما وجاز العقد في حقهما وأما خيار الصبي فلأن الجواز واللزوم لم يثبت في حقه، وإنما يثبت في حقهما، فكان له خيار الفسخ والإجازة.

وأما خيار المشتري فيسقط بما يسقط خيار البائع وبغيره أيضاً فيسقط بمضي المدة بموت من له الخيار عندنا وإجازة أحد الشركين عند أبي حنيفة والإجازة صريح وما هو في معنى الصريح ودلالة، وهو أن يتصرف المشتري في المبيع تصرف الملاك كالبيع والمُسَاومة والإعتاق/ والتدبير والكتابة والإجازة والهبة والرهن سلم أو لم يسلم، لأن جواز هذه التصرفات يعتمد الملك فالإقدام عليها يكون دليل قصد التملك أو تقرر الملك على اختلاف الأصلين وذا دليل الإجازة. وكذا الوطء منه والتقبيل بشهوة والمباشرة لشهوة والنظر إلى فرجها لشهوة يكن إجازة منه لأنه تصرف لا يحل إلا بملك اليمين. [١/١٥٤م]

وأما المس عن غير شهوة والنظر إلى فرجها بغير شهوة فلا يكون إجازة لأن ذلك مباح في الجملة بدون الملك للطبيب والقابلة.

وأما الاستخدام فالقياس أن يكون إجازة بمنزلة المس عن شهوة، والنظر إلى الفرج عن شهوة، وفي الاستحسان لا يكون إجازة لأنه يختص بالملك، ولأنه يحتاج إليه للتجربة والامتحان لينظر أنه يوافقه أم لا على أن فيه ضرورة لأن الاحتراز عن ذلك غير ممكن بأن يسأله ثوبه عند إرادة الرد فيرده، أو يستسرجه دابته ليركبها فيرده فسقط اعتباره لمكان الضرورة.

ولو قبلت الجارية المشتري بشهوة أو باشرته فإن كان ذلك بتمكين بأن علم ذلك منها وتركها حتى فعلت يسقط خياره.

وكذا هذا في حق خيار الرؤية إذا قبلته بعد الرؤية، وكذا في خيار العيب إذا وجد بها عيباً ثم قبلته. وكذا في الطلاق إذا فعلت ذلك كان رجعة، وإن اختلست اختلاساً من غير تمكين المشتري والزوج وهو كاره لذلك، فكذلك عند أبي حنيفة.

وروي عن أبي يوسف أنه لا يكون ذلك رجعة ولا إجازة للبيع، وقال محمد: لا يكون فعلها إجازة للبيع كيف ما كان وأجمعوا على أنها لو باضعته وهو نائم بأن أدخلت فرجه فرجها أنه يسقط الخيار ويكون رجعة.

وجه قول محمد: أن الخيار حق شرط له ولم يوجد منه ما يبطله نصاً ولا دلالة وهو فعل يدل عليه فلا يبطل، ولأبي حنيفة رحمه الله أن الاحتياط يوجب سقوط الخيار. إذ لو لم يسقط ومن الجائز أن يفسخ البيع لتبين أن المس عن شهوة والتمكين من المس عن شهوة حصل في غير/ ملك وكل ذلك حرام فكان سقوط الخيار وثبوت الرجعة بطريق الصيانة عن ارتكاب الحرام وأنه واجب ولأن المس عن شهوة يفضي إلى الوطء، والسبب المفضي إلى الشيء يقوم مقامه خصوصاً في موضع الاحتياط فأقيم ذلك مقام الوطء من المشتري، ولهذا يثبت حرمة المصاهرة بالمس عن شهوة من الجانبين لكونه سبباً مفضياً إلى الوطء فأقيم مقامه كذا هذا. [ب/١٥٤م]

ولو قبل المشتري الجارية ثم قال: قبلتها لغير شهوة فالقول قوله، كذا روي عن محمد لأن الخيار كان

ثابتاً له فهو بقوله كان لغير شهوة ينكر سقوطه فكان القول قوله. وكذلك قال أبو حنيفة في الجارية إذ قبلت المشتري بشهوة أنه إنما يسقط الخيار ويلزمه العقد إذا أقر المشتري إنها فعلت بشهوة.

فأما إذا أنكر أن يكون ذلك بشهوة فلا يسقط لأن حكم فعلها يلزم المشتري بسقوط حقه فيتوقف على إقراره. ولو حدث في المبيع في يد المشتري ما يمنع الرد على البائع بطل خياره لأن فائدة الخيار هو التمكن من الفسخ والرد فإذا خرج عن احتمال الرد لم يكن في بقاء الخيار فائدة فلا يبقى ذلك، وذلك نحو ما إذا هلك في يده أو انتقص بأن تعيب بعيب لا يحتمل الارتفاع، سواء كان ذلك فاحشاً أو يسيراً، وسواء كان ذلك بفعل المشتري أو بفعل البائع أو بآفة سماوية، أو بفعل المبيع، أو بفعل أجنبي. لأن حدوث هذه المعاني في يد المشتري يمنع الرد.

أما الهلاك فظاهر وكذا النقصان لفوات شرط الرد وهو أن يكون ما قبض كما قبض، لأنه إذا انتقص شيء منه فقد تعذر رد القدر الفائت فتقرر على المشتري حصته من الثمن، لأن فواته حصل في ضمان المشتري، فلو رد الباقي كان ذلك تفريق الصفقة على البائع قبل التمام وهذا لا يجوز.

وإذا امتنع الرد بطل الخيار لما قلنا، وهذا قول أبي حنيفة ومحمد، وهو قول أبي يوسف أيضاً إلا في خصلة واحدة وهي ما إذا انتقص بفعل البائع، فإن المشتري فيهما على خياره عنده إن شاء رد عليه وإن شاء أمسكه وأخذ الأرش من البائع كذا ذكر القاضي في «**شرحه مختصر الطحاوي**» الاختلاف/ . [أ/ ١٥٥/م]

وذكر الكرخي رحمه الله الاختلاف بين أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد رحمهم الله، وإن كان العيب مما يحتمل الارتفاع كالمرض فالمشتري على خياره إن شاء فسخ وإن شاء أجاز، لأن كل عارض على أصل إذا ارتفع يلحق بالعدم ويجعل كأنه لم يكن. هذا هو الأصل وليس له أن يفسخ إلا أن يرتفع العيب في مدة الخيار، فإن مضت المدة والعيب قائم بطل حق الفسخ ولزم البيع لتعذر الرد والله عز وجل أعلم.

وعلى هذا يخرج ما إذا ازداد المبيع زيادة متصلة غير متولدة من الأصل كما إذا كان ثوباً فصبغه أو سويقاً فلته بسمن أو كان أرضاً فبنى عليها أو غرس فيها أنه يبطل خياره، لأن هذه الزيادة مانعة من الرد بالإجماع فكانت مسقطة للخيار، ولو كانت الزيادة متصلة متولدة من الأصل كالحُسْنِ والجمال والسمن والبرء من المرض وانجلاء البياض من العين ونحو ذلك فكذلك عند أبي حنيفة وأبي يوسف.

وعند محمد: لا يبطل بناء على أن هذه الزيادة تمنع الرد عندهما كما في العيب في المهر في النكاح، وعنده لا تمنع، والمسألة تأتي في موضعها إن شاء الله تعالى.

وإن كانت الزيادة منفصلة متولدة من الأصل كالولد والثمر واللبن ونحوها أو كانت غير متولدة من الأصل لكنها بدل الجزء الفائت كالأرش أو بدل ما هو في معنى الجزء كالعقر يبطل خياره لأنها مانعة من الرد عندنا، وإن كانت منفصلة غير متولدة من الأصل ولا هي بدل الجزء الفائت أو ما هو في معنى الجزء كالصدقة والكسب والغلة لا يبطل خياره، لأن هذه الزيادة لا تمنع الرد فلا يبطل الخيار، فإن اختار البيع فالزوائد له مع الأصل، لأنه تبين أنها كسب ملكه فكانت ملكه.

وإن اختار الفسخ رد الأصل مع الزوائد عند أبي حنيفة، وعند أبي يوسف ومحمد الزوائد تكون له بناء

على أن ملك المبيع كان موقوفًا، فإذا فسخ تبين أنه لم يدخل في ملكه فتبين أن الزيادة حصلت على ملك البائع فيردها إليه مع الأصل، وعندهما المبيع دخل في ملك المشتري فكانت الزوائد حاصلة على ملكه والفسخ يظهر في الأصل لا في الزيادة فبقيت على حكم ملك المشتري.

[ب/١٥٥/م] ولو كان المبيع دابة فركبها فإن ركبها/ لحاجة نفسه كان إجازة، وإن ركبها ليسقيها أو يشتري لها علفاً أو ليردها على بائعها فالقياس أن يكون إجازة لأنه يمكنه أن يفعل ذلك قوداً، وفي الاستحسان لا يكون إجازة وهو على خياره لأن ذلك مما لا بد منه خصوصاً إذا كانت الدابة صعبة لا تنقاد بالقود فكان ذلك من ضرورات الرد فلا يجعل إجازة.

ولو ركبها لينظر إلى سيرها لا يبطل خياره لأنه لا بد له من ذلك للاختبار بخلاف خيار العيب أنه إذا ركبها بعدما علم بالعيب أنه يبطل خياره لأن له منه بداً ولا حاجة إلى الركوب هناك لمعرفة سيرها فكان دليل الرضا بالعيب، ولو كان المبيع ثوباً فلبسه لينظر إلى قصره من طوله وعرضه لا يبطل خياره لأن ذلك مما يحتاج إليه للتجربة والامتحان أنه يوافقه أم لا فلم يكن منه بد.

ولو ركب الدابة ليعرف سيرها ثم ركبها مرة أخرى ينظر إن ركبها لمعرفة سير آخر غير الأول بأن ركبها مرة ليعرف أنها هملاج ثم ركبها ثانياً ليعرف سرعة عدوها فهو على خياره، لأن معرفة السيرين مقصودة تقع الحاجة إليها في بعض الدواب.

وإن ركبها لمعرفة السير الأول قالوا: يسقط خياره، وكذا في استخدام الرقيق إذا استخدمه في نوع ثم استخدمه في ذلك النوع قالوا: يسقط خياره وبعض مشايخنا قالوا: لا يسقط، لأن الاختبار لا يحصل بالمرة الواحدة لجواز أن الأول وقع اتفاقاً فيحتاج إلى التكرار لمعرفة العادة وفي الثوب إذا لبسه مرة لمعرفة الطول والعرض ثم لبسه ثانياً يسقط خياره، لأنه لا حاجة إلى تكرار اللبس في الثوب لحصول المقصود باللبس مرة واحدة.

ولو حمل على الدابة علفاً فهو إجازة، لأنه يمكنه حمل العلف على غيرها، ولو قص حوافرها أو أخذ من عرفها شيئاً فهو على خياره لأنه تصرف لا يختص بالملك إذ هو من باب إصلاح الدبة فيملكه كل واحد ويكون مأذوناً فيه دلالة كما إذا علفها أو سقاها.

ولو ودجها أو بزغها فهو إجازة لأنه تصرف فيها بالتنقيص، فإن كان شاة فحلبها أو شرب لبنها فهو [أ/١٥٦/م] إجازة، لأنه لا يحل/ إلا بالملك أو الإذن من المالك ولم يوجد الإذن فكان دليلاً على قصد التملك أو التقرير فيكون إجازة.

ولو كان المبيع داراً فسكنها المشتري أو أسكنها غيره بأجر أو بغير أجر أو رم شيئاً منها أو جصصها أو طينها أو أحدث فيها شيئاً أو هدم فيها شيئاً فذلك كله إجازة لأنه دليل اختيار الملك أو تقريره فكان إجازة دلالة.

وذكر القاضي في «**شرحه مختصر الطحاوي**» في سكنى المشتري روايتين ووفق بينهما فحمل إحداهما على ابتداء السكنى والأخرى على الدوام عليه، ولو كان فيها ساكن بأجر فباعها البائع برضا المستأجر وشرط

الخيار للمشتري فتركه المشتري فيها أو استأوى الغلة فهو إجازة، لأن الأجرة بدل المنفعة فكان أخذها دلالة قصد تملك المنفعة أو تقرير ملك المنفعة وذلك قصد تملك الدار أو تقرر ملكه فيها فكان إجازة.

ولو كان المبيع أرضاً فيها حرث فسقاه أو حصده أو قصل منه شيئاً فهو إجازة لأن السقي تصرف في الحرث بالتزكية فكان دليل اختيار البيع وإيجابه وكذلك القصل تصرف فيه بالتنقيص فكان دليل قصد التملك أو التقرر، ولو شرب من نهر تلك الأرض أو سقى منه دوابه لا يكون إجازة لأن هذا تصرف لا يختص بالملك لأنه مباح، ولو كان المبيع رحى فطحن فيها، فإن هو طحن ليعرف مقدار طحنها فهو على خياره، لأنه تحقق ما شرع له الخيار، ولو دام على ذلك كان إجازة لأنه لا حاجة إلى الزيادة للاختيار فكان دليل الرضا بوجوب البيع.

وأما خيار البائع والمشتري جميعاً فيسقط بما يسقط به حالة الانفراد فأيهما أجاز صريحاً أو ما يجري مجرى الصريح أو فعل ما يدل على الإجازة بطل خياره ولزم البيع من جانبه والآخر على خياره إن شاء أجاز وإن شاء فسخ، وأيهما فسخ صريحاً أو ما يجري مجرى الصريح أو فعل ما يدل على الفسخ انفسخ أصلاً ورأساً ولا تلحقه الإجازة من صاحبه بعد ذلك وإنما اختلف حكم الفسخ والإجازة لأن الفسخ تصرف في العقد بالإبطال والعقد بعدما بطل لا يحتمل الإجازة، لأن الباطل متلاشٍ.

وأما الإجازة فهي تصرف في/ العقد بالتغيير وهو الإلزام لا بالإعدام فلا يخرجه عن احتمال الفسخ [ب/١٥٦] والإجازة، ولو أجاز أحدهما وفسخ الآخر انفسخ العقد سواء كان على التعاقب أو على القران، لأن الفسخ أقوى من الإجازة.

ألا ترى أنه يلحق الإجازة فإن المجاز يحتمل الفسخ، فأما الإجازة فلا تلحق الفسخ، فإن المفسوخ لا يحتمل الإجازة فكان الفسخ أقوى من الإجازة فكان أولى، ولو اختلفا في الفسخ والإجازة، فقال أحدهما: فسخنا البيع، وقال الآخر: لا، بل أجزنا البيع جميعاً فاختلافهما لا يخلو من أن يكون في مدة الخيار أو بعد مضي المدة، فإن كان في المدة فالقول قول من يدعي الفسخ لأن أحدهما ينفرد بالفسخ وأحدهما لا ينفرد بالإجازة.

ولو قامت لهما بينة فالبينة بينة من يدعي الإجازة لأنه المدعي، وإن كان بعد مضي المدة، فقال أحدهما: مضت المدة بعد الفسخ، وقال الآخر: بعد الإجازة فالقول قول من يدعي الإجازة، لأن الحال حال الجواز وهو ما بعد انقضاء المدة فترجح جانبه بشهادة الحال فكان القول قوله.

ولو قامت لهما بينة فالبينة بينة مدعي الفسخ لأنها تثبت أمراً بخلاف الظاهر والبينات شرعت له، وإن كان الخيار لأحدهما واختلفا في الفسخ والإجازة في مدة الخيار فالقول قول من له الخيار، سواء ادعى الفسخ أم الإجازة لأنه يملك الأمرين جميعاً والبينة بينة الآخر لأنه هو المدعي، ولو كان اختلافهما بعد مضي مدة الخيار فالقول قول من يدعي الإجازة أيهما كان، لأن الحال حال الجواز وهي ما بعد مضي المدة، ولو أرخت البينات في هذا كله فأسبقهما تاريخاً أولى، سواء قامت على الفسخ أو على الإجازة والله عز وجل أعلم.

وإن كان خيار الشرط لغير العاقدين بأن شرط أحدهما الخيار لأجنبي فقد ذكرنا أن ذلك جائز وللشارط والمشروط له خيار الفسخ والإجازة، وأيهما أجاز جاز وأيهما فسخ انفسخ لأنه صار شارطاً لنفسه مقتضى الشرط لغيره وصار المشروط له بمنزلة الوكيل للشارط في الفسخ والإجازة، فإن أجاز أحدهما وفسخ الآخر، فإن كانا على التعاقب فأولهما أولى فسخاً كان أو إجازة لأن الثابت بالشرط أحد الأمرين فأيهما سبق وجوده بطل الآخر، وإن كانا معاً ذكر في البيوع أن تصرف المالك عن ولاية الملك أولى، نقضاً كان أو أجازة، وذكر في المأذون أن النقض أولى من أيهما كان.

وجه رواية البيوع: أن تصرف المالك صدر عن ولاية الملك فلا يعارضه الصادر عن ولاية النيابة.

[أ/١٥٧/م] وجه رواية المأذون: أن النقض/ أولى من الإجازة لأن المجاز يحتمل الفسخ أما المفسوخ فلا يحتمل الإجازة فكان الرجحان في المأذون للنقض من أيهما كان. وقيل ما روي في البيوع قول محمد لأنه يقدم ولاية الملك على ولاية النيابة وما ذكر في المأذون قول أبي يوسف لأنه لا يرى تقديم ولاية الملك، وأصله ما ذكر في النوادر أن الوكيل بالبيع إذا باع من إنسان وباع المالك من غيره وخرج الكلامان معاً أن بيع الموكل أولى عند محمد، وعند أبي يوسف يجعل العبد بينهما نصفين ويخير كل واحد من المشتريين والله عز وجل أعلم.

وأما بيان ما ينفسخ به فالكلام فيه في موضعين:

أحدهما: في بيان ما ينفسخ به.

والثاني: في بيان شرائطه فنقول وبالله التوفيق: ما ينفسخ به في الأصل نوعان: اختياري وضروري والاختياري نوعان أيضاً صريح وما هو في معنى الصريح ودلالة.

أما الأول: فنحو أن يقول من له الخيار فسخت البيع أو نقضته أو أبطلته وما يجري هذا المجرى فينفسخ البيع سواء كان الخيار للبائع أو للمشتري أو لهما أو لغيرهما ولا يشترط له التراضي ولا قضاء القاضي لأن الفسخ حصل بتسليط صاحبه عليه.

وأما الفسخ من طريق الدلالة فهو أن يتصرف من له الخيار تصرف الملاك إن كان الخيار للبائع وفي الثمن إن كان عيناً إذا كان الخيار للمشتري لأن الخيار إذا كان للبائع فتصرفه في المبيع تصرف الملاك دليل استبقاء ملكه فيه، وإذا كان للمشتري فتصرفه في الثمن إذا كان عيناً تصرف الملاك دليل استبقاء ملكه فيه ولا يكون ذلك إلا بالفسخ فالإقدام عليه يكون فسخاً للعقد دلالة.

والحاصل: إن وجد من البائع في المبيع ما لو وجد منه في الثمن لكان إجازة للبيع يكون فسخاً للبيع، وقد ذكرنا ذلك كله، وهذا النوع من الفسخ لا يقف على علم صاحبه بلا خلاف بخلاف النوع الأول، لأن الانفساخ ههنا لا يثبت بالفسخ مقصوداً وإنما يثبت ضمناً لغيره فلا يشترط له ما يشترط للفسخ مقصوداً كبيع [ب/١٥٧/م] الشرب والطريق أنه لا يجوز/ مقصوداً، ويجوز تبعاً للأرض، والله عز وجل أعلم.

وأما الضروري: فنحو أن يهلك المبيع قبل القبض فيبطل البيع سواء كان الخيار للبائع أو للمشتري أو لهما جميعاً لأنه لو كان باتاً لبطل فإذا كان فيه خيار الشرط أولى لأنه أضعف منه، وإن هلك بعد القبض، فإن

كان الخيار للبائع فكذلك يبطل البيع ولكن تلزمه القيمة إن لم يكن له مثل والمثل إن كان له مثل أما بطلان البيع فلأن المبيع صار بحال لا يحتمل إنشاء العقد عليه فلا يحتمل الإجازة فينفسخ العقد ضرورة، وأما لزوم القيمة فقول عامة العلماء، وقال ابن أبي ليلى: إنه يهلك أمانة.

وجه قوله: أن الخيار منع انعقاد العقد في حق الحكم فكان المبيع على حكم ملك البائع أمانة في يد المشتري فيهلك هلاك الأمانات.

ولنا: أن البيع وإن لم ينعقد في حق الحكم لكن المبيع في قبض المشتري على حكم البيع فلا يكون دون المقبوض على سوم الشراء بل هو فوقه، لأن هناك لم يوجد العقد لا بنفسه ولا بحكمه، وههنا إن لم يثبت حكم العقد فقد وجد بنفسه وذلك مضمون بالقيمة أو بالمثل فهذا أولى.

وإن كان الخيار للمشتري لا يبطل البيع ولكن يبطل الخيار ويلزم البيع وعليه الثمن، أما على أصلهما فظاهر، لأن المشتري ملكه بالعقد، فإذا قبضه فقد تقرر عليه الثمن، فإذا هلك يهلك مضموناً بالثمن كما كان في البيع البات.

وأما على أصل أبي حنيفة فالمشتري وإن لم يملكه فقد اعترض عليه في يده قبل القبض ما يمنع الرد وهو التعيب بعيب لم يكن عند البائع، لأن الهلاك في يده لا يخلو عن تقدم عيب عادة، لأنه لا يخلو عن سبب موته في الهلاك عادة وأنه يكون عيباً وتعيب المبيع في يد المشتري يمنع الرد ويلزم البيع لما ذكرنا فيما تقدم، فإذا هلك يهلك بالثمن.

ولو استهلك المبيع أجنبي والخيار للبائع لا ينفسخ البيع والبائع على خياره لأنه يهلك إلى خلف وهو الضمان لوجود سبب الوجوب للضمان وهو إتلاف مال متقوم مملوك لغيره، لأن خيار البائع يمنع خروج المبيع عن ملكه والهالك إلى خلف قائم معنى فكان المبيع قائماً فكان محتملاً للإجازة سواء كان المبيع في يد المشتري أو في يد البائع لأنه/ مضمون بالإتلاف في الحالين جميعاً، فإن شاء فسخ البيع واتبع الجاني [أ/١٥٨م] بالضمان.

وكذلك لو استهلكه المشتري لأنه وجب الضمان عليه بالاستهلاك لوجود سبب الوجوب والضمان بدل المضمون فيقوم مقامه فكان المبيع قائماً معنى فكان الخيار على حاله إن شاء فسخ البيع واتبع المشتري بالضمان، وإن شاء أجازه واتبعه بالثمن.

ولو تعيب المبيع في يد البائع، فإن كان بآفة سماوية أو بفعل المبيع لا يبطل البيع وهو على خياره لأن ما انتقص منه من غير فعله غير مضمون عليه حيث لا يسقط بحصته شيء من الثمن فلا ينفسخ البيع في قدر الضمان بإبقاء الخيار، لأنه يؤدي إلى تفريق الصفقة على المشتري فإن شاء فسخ البيع وإن شاء أجازه فإن أجازه فالمشتري بالخيار إن شاء أخذه بجميع الثمن، وإن شاء ترك لتغير المبيع قبل القبض.

وإن كان بفعل البائع بطل البيع، لأن ما انتقص بفعله فهو مضمون عليه حتى يسقط عن المشتري حصة قدر النقصان من الثمن فالإجازة تتضمن تفريق الصفقة على المشتري قبل التمام.

وإن كان بفعل أجنبي لم يبطل البيع وهو على خياره، لأن قدر النقصان هلك إلى خلف وهو الضمان فكان قائماً معنى ولم يبطل البيع في قدر الهالك فكان البائع على خياره إن شاه فسخ البيع واتبع الجاني بالأرش وإن شاء أجاز واتبع المشتري بالثمن والمشتري يتبع الجاني بالأرش.

وكذلك لو تعيب بفعل المشتري لا يبطل البيع والبائع على خياره، لأن المبيع على ملك البائع فكان قدر النقصان مضموناً على المشتري فكان هلاكاً إلى خلف فكان البيع على حاله والبائع على خياره إن شاء فسخ البيع واتبع المشتري بالضمان. وإن شاء أجازه واتبع المشتري بالثمن.

وكذلك إذا تعيب في يد المشتري بفعل أجنبي أو بفعل المشتري أو بآفة سماوية فالبائع على خياره فإن شاء أجاز البيع، وإن شاء فسخه فإن أجاز أخذ من المشتري جميع الثمن سواء كان التعيب بفعل المشتري أو بفعل الأجنبي أو بآفة سماوية، لأن البيع جاز في الكل ولا يكون للمشتري خيار الرد بحدوث التغير في المبيع لأنه حدث في يده في ضامنه غير أنه إن كان التعييب بفعل المشتري فلا سبيل له على/ أحد. [ب/١٥٨/م]

وإن كان بفعل الأجنبي فللمشتري أن يتبع الجاني بالأرش لأنه ملك العبد بإجازة البائع من وقت البيع فتبين أن الجناية حصلت على ملكه، وإن فسخ ينظر إن كان التعيب بفعل المشتري فإن البائع يأخذ الباقي ويأخذ أرش الجناية من المشتري، لأن العبد كان مضموناً على المشتري بالقيمة.

ألا ترى أنه لو هلك في يده لزمته قيمته وبالفسخ وجب عليه رده وقد عجز عن رد قدر الفائت فيلزمه رد قيمته، وكذا إذا تعيب بآفة سماوية لما قلنا، وإن كان التعيب بفعل أجنبي فالبائع بالخيار إن شاء اتبع الأجنبي بالأرش لأن الجناية حصلت على ملكه، وإن شاء اتبع المشتري، لأن الجناية حصلت في ضمان المشتري، فإن اختار اتباع الأجنبي فالأجنبي لا يرجع على أحد لأنه ضمن بفعل نفسه.

وإن اختار اتباع المشتري فالمشتري يرجع بما ضمن من الأرش على الأجنبي لأن المشتري قام مقام البائع في حق ملك بدل الفائت، وإن لم يقم مقامه في حق ملك نفس الفائت كغاصب المدبر إذا قتل المدبر في يده وضمنه للمالك أن له أن يرجع بما ضمن على القاتل، وإن لم يملك نفس المدبر، كذا هذا والله عز وجل أعلم.

وأما شرائط جواز الفسخ، فمنها قيام الخيار، لأن الخيار إذا بطل فقد لزم البيع فلا يحتمل الفسخ، ومنها علم صاحبه بالفسخ عند أبي حنيفة ومحمد حتى لو فسخ بغير علمه كان فسخه موقوفًا عندهما إن علم صاحبه بفسخه في مدة الخيار نفذ، وإن لم يعلم حتى مضت المدة لزم العقد.

وكذا لو أجاز الفاسخ العقد نفذ فسخه قبل علم صاحبه وجازت إجازته ولزم العقد وبطل فسخه، وهو قول أبي يوسف الأول، ثم رجع وقال علم صاحبه ليس بشرط حتى لو فسخ يصح فسخه علم صاحبه بالفسخ أو لا.

وروي عن أبي يوسف: أنه فصل بين خيار البائع وخيار المشتري فلم يشترط العلم في خيار البائع وشرط في خيار المشتري.

وأما خيار الرؤية فهو على هذا الاختلاف ذكره الكرخي، ولا خلاف بين أصحابنا في خيار العيب أن العلم بالفسخ فيه شرط،/ سواء كان بعد القضاء أو قبله، وأجمعوا على أن عزل الموكل وكيله بغير علمه وإن [أ/١٥٩/م] فسخ أحد الشريكين الشركة أو نهى رب المال المضارب عن التصرف بغير علمه لا يصح.

وجه قول أبي يوسف: أنه يملك الإجازة بغير علم صاحبه فيملك الفسخ، والجامع بينهما أن كل واحد منهما حصل بتسليط صاحبه عليه ورضاه فلا معنى للتوقف على علمه كالوكيل بالبيع إذا باع من غير علم الموكل.

وجه قولهما: أن الفسخ لو نفذ بغير علم صاحبه لتضرر به صاحبه فلا ينفذ دفعاً للضرر عنه، كالموكل إذا عزل وكيله بغير علمه، وبيان الضرر أن صاحبه إذا لم يعلم بالفسخ فتصرف في المبيع بعد مضي مدة الخيار على ظن أنه ملكه، فلو جاز الفسخ من غير علمه لتبين أنه تصرف في ملك غيره وأنه سبب لوجوب الضمان فيتضرر به، ولهذا لم يجز عزل الوكيل بغير علمه، كذا هذا بخلاف الإجازة أنه يصح من غير علمه لأنه لا ضرر فيه، وكذا لا ضرر في بيع الوكيل بغير علم الموكل.

ومنها: أن لا يكون في الفسخ تفريق الصفقة حتى لا يملك الإجازة في البعض دون البعض لأنه تفرق الصفقة قبل تمامها وأنه باطل.

وأما الخيار الثابت بالشرط دلالة فهو خيار العيب والكلام في بيع المعيب في مواضع: في بيان حكمه، وفي بين صفة الحكم، وفي بيان تفسير العيب الذي يوجب الخيار وتفصيل المفسر، وفي بيان شرائط ثبوت الخيار، وفي طريق إثبات العيب، وفي بيان كيفية الرد والفسخ بالعيب بعد ثبوته، وفي بيان من تلزمه الخصومة في العيب ومن لا تلزمه، وفي بيان ما يمنع الرد بالعيب، وفي بيان ما يسقط به الخيار بعد ثبوته ويلزم البيع، وفي بيان ما يمنع الرجوع بنقصان العيب وما لا يمنع، وفي بيان طريق الرجوع.

أما حكمه فهو ثبوت الملك للمشتري في المبيع للحال، لأن ركن البيع مطلق عن الشرط والثابت بدلالة النص شرط السلامة لا شرط السبب ولا شرط الحكم وأثره في منع اللزوم لا في منع أصل الحكم بخلاف البيع بشرط الخيار لأن الشرط المنصوص عليه هناك دخل على السبب فيمنع انعقاده في حق الحكم في مدة الخيار.

وأما صفته/ فهي أنه ملك غير لازم، لأن السلامة شرط في العقد دلالة فما لم يسلم المبيع لا يلزم البيع [ب/١٥٩/م] فلا يلزم حكمه.

والدليل على أن السلامة مشروطة في العقد دلالة أن السلامة في البيع مطلوبة المشتري عادة إلى آخره، لأن غرضه الانتفاع بالمبيع ولا يتكامل انتفاعه إلا بقيد السلامة، ولأنه لم يدفع جميع الثمن إلا ليسلم له جميع المبيع فكانت السلامة مشروطة في العقد دلالة فكانت كالمشروطة نصاً، فإذا فاتت المساواة كان له الخيار كما إذا اشترى جارية على أنها بكر أو على أنها طباخة فلم يجدها كذلك.

وكذا السلامة من مقتضيات العقد أيضاً لأنه عقد معاوضة والمعاوضات مبناها على المساواة عادة

وحقيقة وتحقيق المساواة في مقابلة البدل بالمبدل، والسلامة بالسلامة فكان إطلاق العقد مقتضياً للسلامة، فإذا لم يسلم المبيع للمشتري يثبت له الخيار، لأن المشتري يطالبه بتسليم قدر الفائت بالعيب بحكم العقد وهو عاجز عن تسليمه فيثبت الخيار، ولأن السلامة لما كانت مرغوبة المشتري ولم يحصل فقد اختل رضاه وهذا يوجب الخيار لأن الرضا شرط صحة البيع، قال الله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لاَ تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالبَاطِلِ إلاَّ أَن تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾[1] فانعدام الرضا يمنع صحة البيع واختلاله يوجب الخيار فيه إثباتاً للحكم على قدر الدليل.

والأصل في شرعية هذا الخيار ما روي عن رسول الله ﷺ أنه قال: «مَن اشترى شَاةً مُحَفلة فَوجدَها مُصراةً فَهو بخيرِ النَّظَرينِ ثلاَثَةَ أيام»[2]. وفي رواية: «فَهو بأحدِ النَّظَرينِ إلى ثَلاثةٍ إن شاء أمسك وإن شاءَ ردَّ وردَّ مَعَها صاعاً مِنْ تَمْرٍ»[3] النظران المذكوران هما نظر الإمساك والرد وذكر الثلاث في الحديث ليس للتوقيت، لأن هذا النوع من الخيار ليس بموقت بل هو بناء الأمر على الغالب المعتاد، / لأن المشتري إن [أ/١٦٠م] كان به عيب يقف عليه المشتري في هذه المدة عادة فيرضَىٰ به فيمسكه أو لا يَرضَىٰ به فيرده، والصاع من التمر كأنه قيمة اللبن الذي حلبه المشتري علمه رسول الله ﷺ بطريق المشاهدة والله عز وجل أعلم.

وأما تفسير العيب الذي يوجب الخيار وتفصيل المفسر فكل ما يوجب نقصان الثمن في عادة التجار نقصاناً فاحشاً أو يسيراً فهو عيب يوجب الخيار، وما لا فلا نحو العمى والعور والحول والقبل، وهو نوع من الحول مصدر الأقبل وهو الذي كأنه ينظر إلى طرف أنفه والسبل وهو زيادة في الأجفان والعشا مصدر الأعشى وهو الذي لا يبصر بالليل، والخوص مصدر الأخوص وهو غائر العين، والحوض مصدر الأحوص وهو الضيق مؤخر العين، والغرب وهو ورم في الأماق وهي أطراف العين التي تلي الأنف.

وقيل: هو درور الدمع دائماً والظفرة وهي التي يقال لها بالفارسية ناخنه، والشتر وهو انقلاب جفن العين والبرص والقرع والسلع والشلل والزمانة والفدع وهو إعوجاج في الرسغ من اليد أو الرجل والفجج مصدر الأفجج وهو الذي يتدانى عقباه وينكشف ساقاه في المشي.

والصكك مصدر الأصك وهو الذي يصكك ركبتاه، والحنف مصدر الأحنف وهو الذي أقبلت إحدى إبهام رجليه على الأخرى، والبزي مصدر الأبزى وهو خروج الصدر.

والعسر مصدر الأعسر وهو الذي يعمل بشماله، والأصبع الزائدة والناقصة والسن الشاغية والسوداء

---

(١) سورة النساء، الآية: (٢٩).

(٢) أخرجه مسلم في «صحيحه» (٣/ ١١٨٥) في البيوع، باب حكم بيع المصراة برقم (١٥٢٤) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه مرفوعاً: «من اشترى شاة مصراة فهو بالخيار ثلاثة أيام، فإن ردها رد معها صاعاً من طعام لا سمراء».
وأخرج أحمد في «المسند» (٢/ ٣١٧) عن أبي هريرة: «من اشترى شاة محفلة فإن لصاحبها أن يحتلبها، فإن رضيها فليمسكها، وإلا فليردهما وصاعاً من تمر».

(٣) بعض حديث عند البخاري في «صحيحه» في البيوع، باب النهي للبائع أن لا يحصل الإبل برقم (٢١٥٠).
ومسلم في «صحيحه» في البيوع، باب تحريم بيع الرجل على بيع أخيه برقم (١٥١٥) عن أبي هريرة بلفظ: «فمن ابتاعها بعد ذلك فهو بخير النظرين. . .» الحديث.

والناقصة والظفر الأسود، والبخر وهو نتن الفم في الجواري لا في العبيد إلا أن يكون فاحشاً لأنه حينئذ يكون عن داء، والزفر وهو نتن الإبط في الجارية لا في الغلام إلا أن يفحش فيكون عيباً فيهما جميعاً والأدر مصدر الإدرة وهو الذي به أدرة يقال لها بالفارسية فتح.

والرتق وهو انسداد فرج الجارية، والفتق وهو انفتاح فرجها، والقرن وهو في النساء كالأدرة في الرجال والشمط والشيب/ في الجواري والعبيد والسلول والقروح والشجاج والأمراض كلها. [ب/١٦٠/م]

والحبل في الجواري لا في البهائم لأنه زيادة في البهيمة، وحذف الحروف في المصحف الكريم أو في بعضه، والزنا في الجارية لا في الغلام لأنه يفسد الفراش وقد يقصد الفراش في الإماء بخلاف الغلام إلا إذا فحش وصار اتباع النساء عادة له فيكون عيباً فيه أيضاً لأنه يوجب تعطيل منافعه على المولى، وكذا إذا ظهر وجوب الحد عليه فهو عيب.

وقال بعض مشايخنا ببلخ: الزنا يكون عيباً في الغلام أيضاً لأنه لا يؤتمن على أهل البيت فلا يستخدم، وهذا ليس بسديد لأن الغلام الكبير لا يُشترى للاستخدام في البيت بل للأعمال الخارجة وكون المُشْتَرَىٰ ولد الزنا في الجارية لا في العبيد لما ذكرنا أنه قد يقصد الفراش من الجواري، فإذا جاءت بولد يعير ولده بأمه، بخلاف الغلام لأنه يُشْتَرَىٰ للخدمة عادة والكفر في الجارية والغلام عيب لأن الطبع السليم ينفر عن صحبة الكافر.

وأما الإسلام فليس بعيب بأن اشترى نصراني عبداً فوجده مسلماً لأن الإسلام زيادة، والنكاح في الجارية والغلام لأن منافع البضع مملوكة للزوج والعبد يباع في المهر والنفقة فيوجب ذلك نقصاناً في ثمنهما، والعدة من طلاق رجعي لا من طلاق بائن أو ثلاث، لأن الرجعي لا يوجب زوال الملك، بخلاف البائن والثلاث، واحتباس الحيضة في الجارية البالغة مدة طويلة شهران فصاعداً، والاستحاضة لأن ارتفاع الحيض في أوانه لا يكون إلا لداء عادة.

وكذا استمرار الدم في أيام الطهر، والإحرام في الجارية ليس بعيب لأن المشتري يملك إزالته فإن له أن يحللها والحرمة بالرضاع أو الصهرية ليس بعيب فيها لأن الجواري لا يشترين للاستمتاع عادة بل للاستخدام في البيت، وهذه الحرمة لا تقدح في ذلك بخلاف النكاح حيث يكون عيباً، وإن لم يثبت به إلا حرمة الاستمتاع/ لأنه يحل بالاستخدام. [أ/١٦١/م]

والثيابة في الجارية ليس بعيب إلا أن يكون اشتراها على شرط البكارة فيردها بعد الشرط والدين والجناية لأنه يدفع بالجناية ويباع بالدين، والجهل بالطبخ والخبز في الجارية ليس بعيب لأنه لا يوجب نقصان الثمن في عادة التجار بل هو حرفة بمنزلة الخياطة ونحوها فانعدامه لا يكون عيباً إلا أن يكون ذلك مشروطاً في العقد فيردها لفوات الشرط لا للعيب.

ولو كانت تحسن الطبخ والخبز في يد البائع ثم نسيت في يده فاشتراها فوجدها لا تحسن ذلك ردها، وإن لم يكن ذلك مشروطاً في العقد لأنها إذا كانت تحسن ذلك في يد البائع وهي صفة مرغوبة تشترىٰ لها الجارية عادة فالظاهر أنه إنما اشتراها رغبة فيها فصارت مشروطة دلالة فيردها لانعدام المشروط كما لو شرط

ذلك نصاً، وانعدام الختان في الغلام والجارية إذا كانا مولودين كبيرين، فإن كانا مولودين صغيرين فليس بعيب، لأن الختان في حالة الكبر فيه زيادة ألم.

وهذا الذي ذكر في الجارية في عرف بلادهم لأنهم يختنون الجواري، فأما في عرف ديارنا فالجارية لا تختتن فعدم الختان فيها لا يكون عيباً أصلاً.

وإن كان الغلام كبيراً حربياً لا يكون عيباً لأن فيه ضرورة لأن أكثر الرقيق يؤتى به من دار الحرب وأهل الحرب لا ختان لهم، فلو جعل ذلك عيباً يرد به لضاق الأمر على الناس، ولأن الختان إذا لم يكن من فعل أهل دار الحرب وعادتهم، ومع ذلك اشتراه كان ذلك منه دلالة الرضا بالعيب والإباق والسرقة والبول في الفراش والجنون، لأن كل واحد منها يوجب النقصان في الثمن في عادة التجار نقصاناً فاحشاً فكان عيباً إلا أنه هل يشترط في هذه العيوب الأربعة اتحاد الحالة وهل يشترط ثبوتها عند المشتري بالحجة لثبوت حق الرد فسنذكره في موضعه إن شاء الله تعالى.

[ب/١٦١/م] والحنف: مصدر الأحنف من الخيل وهو الذي إحدى/ عينيه زرقاء والأخرى كحلاء، والصدف مصدر الأصدف وهو الدابة التي يتدانى فخذاها ويتباعد حافراها ويلتوي رسغاها.

والعزل: مصدر الأعزل وهو من الدواب الذي يقع ذنبه من جانب عادة لا خلقة، والمشش وهو ارتفاع العظم لآفة أصابته، والجرد مصدر الأجرد وهو من الإبل الذي أصابه انقطاع عصب من يده أو رجله فهو ينقصها إذا سار والحران والحرون مصدر الحرون وهو الذي يقف ولا ينقاد للسائق ولا للقائد.

والجماح والجموح مصدر الجموح وهو أن يشتد الفرس فيغلب راكبه وخلع الرسن ظاهر وبل المخلاة كذلك، والهشم في الأواني والصدع في الحوائط والجدوع ونحوها من العيوب فأنواع العيوب فيها كثيرة لا وجه لذكرها ههنا كلها والتعويل في الباب على عرف التجار فما نقص الثمن في عرفهم فهو عيب يوجب الخيار ومالا فلا والله عز وجل أعلم.

وأما شرائط ثبوت الخيار.

فمنها: ثبوت العيب عند البيع أو بعده قبل التسليم حتى لو حدث بعد ذلك لا يثبت الخيار لأن ثبوته لفوات صفة السلامة المشروطة في العقد دلالة وقد حصلت السلعة سليمة في يد المشتري.

ومنها: ثبوته عند المشتري بعد ما قبض المبيع ولا يكتفىٰ بالثبوت عند البائع لثبوت حق الرد في جميع العيوب عند عامة المشايخ، وقال بعضهم فيما سوى العيوب الأربعة من الأباق والسرقة والبول في الفراش والجنون فكذلك، فأما في العيوب الأربعة فثبوتها عند المشتري ليس بشرط بل الثبوت عند البائع كاف وبعضهم فصل في العيوب الأربعة فقال: لا يشترط في الجنون ويشترط في غيره من العيوب الثلاثة.

وجه قول من فصل هذه العيوب الأربعة من سائرها في اعتبار هذا الشرط أن هذه العيوب عيوب لازمة [أ/١٦٢/م] لا زوال لها إذا ثبتت في شخص إلى أن يموت فثبوتها عند البائع يدل على بقائها عند المشتري/ فكان له حق الرد من غير أن يظهر عنده بخلاف سائر العيوب فإنها ليست بلازمة.

وجه قول من فرق بين الجنون وغيره من الأنواع الثلاثة أن الجنون لفساد في محل العقد وهو الدماغ وهذا مما لا زوال له عادة إذا ثبت، ولهذا قال محمد إن الجنون عيب لازم بخلاف الإباق والبول في الفراش أنها ليست بلازمة بل تحتمل الزوال لزوال أسبابها.

وجه قول العامة قول محمد نصاً في «**الجامع الصغير**» فإنه ذكر فيه أنه لا يثبت للمشتري حق الرد في هذه العيوب الأربعة إلا بعد ثبوتها عنده فكان المعنى فيه أن الثابت عند البائع محتمل الزوال قابل الارتفاع، فأما ما سوى العيوب الأربعة لا شك فيه.

وكذلك العيوب الأربعة لأن حدوثها في الذات للأسباب الموجبة للحدوث وهي محتملة للزوال فكانت هي محتملة للزوال لاحتمال زوال أسبابها فإن بقيت يثبت حق الرد، وإن ارتفعت لا يثبت فلا يثبت حق الرد بالاحتمال فلا بد من ثبوتها عند المشتري ليعلم أنها قائمة.

وقول القائل: الجنون إذا ثبت لا يزول عادة ممنوع، فإن المجنون قد يفيق ويزول جنونه بحيث لا يعود إليه فما لم يوجد عند المشتري لا يعلم بقاؤه كما في الأنواع الأخر إلا أن الفرق بين الجنون وغيره من الأنواع الثلاثة من وجه آخر وهو أن هناك يشترط اتحاد الحالة لثبوت حق الرد وهو أن يكون وجودها عند البائع والمشتري في حالة الصغر أو في حال الكبر حتى لو أبق أو سرق أو بال في الفراش عند البائع وهو صغير عاقل.

ثم كان ذلك في يد المشتري بعد البلوغ لا يثبت له حق الرد، وفي الجنون اتحاد الحالة ليس بشرط وإنما كان كذلك، لأن اختلاف الحال في العيوب الثلاث يوجب اختلاف السبب، لأن السبب البول على الفراش في حال/ الصغر هو ضعف في المثانة وفي الكبر هو داء في الباطن والسبب في الإباق والسرقة في [ب/١٦٢/م] الصغر هو الجهل وقلة التمييز وفي الكبر الشرارة وخبث الطبيعة واختلاف السبب يوجب اختلاف الحكم فكان الموجود في يد المشتري بعد البلوغ غير الموجود في يد البائع فكان عيباً حادثاً وأنه يمنع الرد بالعيب بخلاف الجنون لأن سببه في الحالين واحد لا يختلف وهو فساد في محل العقل وهو الدماغ فكان الموجود في حالة الكبر عين الموجود في حالة الصغر، وهذا والله عز وجل أعلم معنى قول محمد في الكتاب الجنون عيب لازم أبداً لا ما قاله أولئك والله عز وجل الموفق.

ومنها: عقل الصبي في الإباق والسرقة والبول على الفراش حتى لو أبق أو سرق أو بال على الفراش في يد البائع وهو صغير لا يعقل، ثم كان ذلك في يد المشتري، وهو كذلك لا يثبت له حق الرد، وهذا إذا فعل ذلك في يد البائع وهو صغير لا يعقل ثم وجد ذلك في يد المشتري بعدما عقل، لأن الموجود في يد البائع ليس بعيب ولا بد من وجود العيب في يده.

ومنها: اتحاد الحال في العيوب الثلاثة، فإن اختلف لم يثبت حق الرد بأن أبق أو سرق أو بال على الفراش في يد البائع وهو صغير عاقل، ثم كان ذلك في يد المشتري بعد البلوغ، لأن اختلاف الحال دليل اختلاف سبب العيب على ما بينا، واختلاف سبب العيب يوجب اختلاف العيب فكان الموجود بعد البلوغ عيباً حادثاً عند الرد والله عز وجل أعلم.

ومنها: جهل المشتري بوجوب العيب عند العقد والقبض، فإن كان عالماً به عند أحدهما فلا خيار له، لأن الإقدام على الشراء مع العلم بالعيب رضا به دلالة، وكذا إذا لم يعلم عند العقد ثم علم بعده قبل القبض لأن تمام الصفقة متعلق بالقبض فكان العلم عند القبض كالعلم عند العقد.

ومنها: عدم اشتراط البراءة عن العيب في البيع عندنا حتى لو شرط فلا خيار للمشتري لأن شرط البراءة عن العيب في البيع عندنا صحيح، فإذا أبرأه/ [أ/١٦٣م] فقد أسقط حق نفسه فصح الإسقاط فيسقط ضرورة، ثم الكلام في البيع بشرط البراءة في الأصل في موضعين:

أحدهما: في جوازه.

والثاني: في بيان ما يدخل تحت البراءة من العيب.

أما الكلام في جوازه فقد مر في موضعه وإنما الحاجة ههنا إلى بيان ما يدخل تحت البراءة من العيب فنقول وبالله التوفيق: البراءة لا تخلو إما إن كانت عامة بأن قال بعت على أني بريء من العيوب، أو قال من كل عيب، وإما إن كانت خاصة بأن قال من عيب كذا وسماه، وكل ذلك لا يخلو من ثلاثة أوجه إما إن قيد البراءة بعيب قائم حالة العقد، وإما إن أطلقها إطلاقاً وإما إن أضافها إلى عيب يحدث في المستقبل فإن قيدها بعيب قائم حالة العقد لا يتناول العيب الحادث بعد البيع قبل القبض بلا خلاف سواء كانت البراءة عامة بأن قال أبرأتك من كل عيب به أو خاصة بأن قال أبرأتك مما به من عيب كذا لأن اللفظ المقيد بوصف لا يتناول غير الموصوف بتلك الصفة، وإن أطلقها إطلاقاً دخل فيه القائم والحادث عند أبي يوسف.

وعند محمد: لا يدخل فيه الحادث وله أن يرده وهو قول زفر.

وجه قول محمد: أن الإبراء عن العيب يقتضي وجود العيب، لأن الإبراء عن المعدوم لا يتصور، والحادث لم يكن موجوداً عند البيع فلا يدخل تحت الإبراء فلو دخل إنما يدخل بالإضافة إلى حالة الحدوث، والإبراء لا يحتمل الإضافة لأن فيه معنى التمليك حتى يرتد بالرد، ولهذا لم يدخل الحادث عند الإضافة إليه نصاً فعند الإطلاق أولى.

وجه قول أبي يوسف: أن لفظ الإبراء يتناول الحادث نصاً ودلالة، أما النص فإنه عم البراءة عن العيوب كلها أو خصها بجنس من العيوب على الإطلاق نصاً فتخصيصه أو تقييده بالموجود عند العقد لا يجوز إلا بدليل.

وأما الدلالة فهي أن غرض البائع من هذا الشرط هو انسداد طريق الرد ولا ينسد إلا بدخول الحادث فكان داخلاً فيه دلالة.

[ب/١٦٣م] وأما قول محمد أن هذا إبراء/ عما ليس بثابت فعبارة الجواب عن هذا الحرف من وجهين.

أحدهما: أن يقال هذا ممنوع بل هو إبراء عن الثابت لكن تقديراً وبيانه من وجهين:

أحدهما: أن العيب الحادث قبل القبض كالموجود عند العقد، ولهذا يثبت حق الرد به كما يثبت بالموجود عند العقد ولما ذكرنا أن القبض حكم العقد فكان هذا إبراء عن حق ثابت تقديراً.

والثاني: أن سبب حق الرد موجود وهو البيع، لأن البيع يقتضي تسليم المعقود عليه سليماً عن العيب، فإذا عجز عن تسليمه بصفة السلامة يثبت له حق الرد ليسلم له الثمن فكان وجود تسليم المبيع سبباً لثبوت حق الرد والبيع سبب لوجود تسليم المبيع فكان ثبوت حق الرد بهذه الوسائط حكم البيع السابق والبيع سبب فكان هذا إبراء عن حق الرد بعد وجود سببه، وسبب الشيء إذا وجد يجعل هو ثبوتاً تقديراً لاستحالة خلو الحكم عن السبب فكان إبراء عن الثابت تقديراً، ولهذا صح الإبراء عن الجراحة لكون الجرح سبب السراية فكان إبراء عما يحدث من الجرح تقديراً.

وكذا الإبراء عن الأجرة قبل استيفاء المنفعة يصح، وإن كانت الأجرة لا تملك عندنا بنفس العقد لما قلنا كذا هذا.

والثاني[1]: أن هذا إبراء عن حق ليس بثابت لكن بعد وجود سببه وهو البيع وأنه صحيح كالإبراء عن الجرح والإبراء عن الأجرة على ما بينا بخلاف الإبراء عن كل حق له أنه لا يتناول الحادث لأن الحادث معدوم للحال بنفسه وبسببه، فلو انصرف إليه الإبراء لكان ذلك إبراء عما ليس بثابت أصلاً لا حقيقة ولا تقديراً لانعدام سبب الحق فلم ينصرف إليه.

وقوله: لو تناول الحادث لكان هذا تعليق البراءة بشرط أو الإضافة إلى وقت ممنوع بل هذا إبراء عن حق ثابت وقت الإبراء تقديراً لما بينا من الوجهين؛ فلم يكن هذا تعليقاً ولا إضافة فيصح والله عز وجل أعلم.

وإن أضافها إلى عيب/ حادث بأن قال على أني بريء من كل عيب يحدث بعد البيع فالبيع بهذ الشرط [١/١٦٤م] فاسد عندنا لأن الإبراء لا يحتمل الإضافة لأنه وإن كان إسقاطاً ففيه معنى التمليك، ولهذا لا يحتمل الارتداد بالرد ولا يحتمل الإضافة إلى زمان في المستقبل نصاً كما لا يحتمل التعليق بالشرط فكان هذا بيعاً أدخل فيه شرطاً فاسداً فيوجب فساد البيع.

ولو اختلفا في عيب فقال البائع: هو كان موجوداً عند العقد فدخل تحت البراءة، وقال المشتري: بل هو حادث لم يدخل تحت البراءة فإن كانت البراءة مطلقة فهذا لا يتفرع على قول أبي يوسف، لأن العيب الحادث داخل تحت البراءة المطلقة عنده، فأما على قول محمد فالقول قول البائع مع يمينه، وقال زفر والحسن بن زياد: القول قول المشتري.

وجه قولهما: أن المشتري هو المبري، لأن البراءة تستفاد من قبله فكان القول فيما أبرأ قوله.

وجه قول محمد: أن البراءة عامة والمشتري يدعي حق الرد بعد عموم البراءة عن حق الرد بالعيب والبائع ينكر فكان القول قوله كما لو أبرأه عن الدعاوىٰ كلها ثم ادعى شيئاً مما في يده وهو ينكر كان القول قوله دون المشتري لما قلنا كذا هذا.

ولو كانت مقيدة بعيب يكون عند العقد فاختلف البائع والمشتري على نحو ما ذكرنا فالقول قول

---

(١) أي من مسألة إبراء عما ليس بثابت.

المشتري، لأن البراءة المقيدة بحال العقد لا تتناول إلا الموجود حالة العقد والمشتري يدعي العيب لأقرب الوقتين والبائع يدعيه لأبعدهما فكان الظاهر شاهداً للمشتري، وهذا لأن عدم العيب أصل والوجود عارض فكان إحالة الموجود إلى أقرب الوقتين أقرب إلى الأصل والمشتري يدعي ذلك فكان القول قوله.

ولو اشترى عبداً وقبضه فساومه رجل فقال المشتري: اشتراه فإنه لا عيب به ثم لم يتفق البيع بينهما، ثم وجد المشتري به عيباً وأقام البينة على أن هذا العيب كان عند البائع فقال له البائع: إنك أقررت أنه لا عيب به فقد أكذبت/ [ب/١٦٤/م] شهودك لا يبطل بهذا الكلام حقه في الرد بالعيب وله أن يرده لأن مثل هذا الكلام في المتعارف لا يراد به حقيقة، وإنما يذكر لترويج السلعة، ولأن ظاهره كذب لأنه نفىٰ عنه العيوب كلها والآدمي لا يخلو عن عيب فالتحق بالعدم وصار كأنه لم يتكلم به.

ولو عين نوعاً من العيوب بأن قال: اشتره فإنه ليس به عيب كذا ثم وجد به عيباً وأراد الرد، فإن كان ذلك نوعاً آخر سوى النوع الذي عينه له أن يرده لأنه لا إقرار منه بهذا النوع، وإن كان من النوع الذي عين ينظر إن كان مما يحدث مثله في مثل تلك المدة ليس له حق الرد، لأن مثل هذا الكلام يراد به التحقيق في المتعارف لا ترويج السلعة فصار مناقضاً، ولأن الآدمي يخلو عن عيب معين فلم يتعين بكذبه.

وإن كان مما لا يحدث مثله في مثل تلك المدة له حق الرد لأنا تيقنا بكذبه حقيقة فالتحق كلامه بالعدم.

ولو أبرأه عن عيب واحد شجة أو جرح فوجد شجين أو جرحين فعلى قول أبي يوسف الخيار للبائع يبرأ من أيهما شاء، وعلى قول محمد الخيار للمشتري يرد أيهما شاء.

وفائدة هذا الاختلاف إنما تظهر عند امتناع الرد باعتراض أسباب الامتناع من هلاك المبيع أو حدوث عيب آخر في يدي المشتري أو غير ذلك من الأسباب المانعة من الرد وأراد الرجوع بنقصان العيب؛ فأما عند إمكان الرد فلا تظهر فائدة في هذا الاختلاف.

وجه قول محمد: أن الإبراء يستفاد من قبل المشتري والاحتمال جاء من قبله حيث أطلق البراءة إلى شجة واحدة غير عين، وإذا كان الإجمال منه كان البيان إليه. وجه قول أبي يوسف أن الإبراء وإن كان من المشتري لكن منفعة الإبراء عائدة إلى البائع فصار كأن المشتري فوض التعيين إليه فكان الخيار له.

ولو أبرأه من كل داء روى الحسن عن أبي حنيفة أنه يقع عن الباطن لأن الظاهر يسمى مرضاً لا داءً.

[أ/١٦٥/م] وروي عن أبي يوسف أنه/ يقع عن الظاهر والباطن جميعاً لأن الكل داء، ولو أبرأه من كل غائلة فهي على السرقة والإباق والفجور، وكل ما كان من فعل الإنسان مما يعده التجار عيباً.

كذا روي عن أبي يوسف: لأن الغائلة هي الجناية وهي التي تكتب في عهدة المماليك لا داء ولا غائلة على ما كتب لرسول الله ﷺ حينما اشترى عبداً أو أمة. وهذا ما اشترى محمد رسول الله ﷺ من العداء بن خالد بن هوذة عبداً أو أمة لا داء به ولا غائلة بيع المسلم من المسلم والله عز وجل أعلم.

وأما طريق إثبات العيب فلا يمكن الوصول إلى معرفة أقسام العيوب، لأن طريق إثبات العيب يختلف باختلاف العيب فنقول وبالله التوفيق:

العيب لا يخلو إما أن يكون ظاهراً شاهداً يقف عليه كل أحد كالأصبع الزائدة والناقصة والسن الشاغية والساقطة وبياض العين والعور والقروح والشجاج ونحوها، وإما أن يكون باطناً خفياً لا يقف عليه إلا الخواص من الناس وهم الأطباء والبياطرة.

وإما أن يكون مما لا يقف عليه إلا النساء بأن كان على فرج الجارية أو مواضع العورة منها. وإما أن يكون مما لا يقف عليه النساء بأن كان داخل الفرج. وإما أن يكون مما لا يقف عليه إلا الجارية المشتراة كارتفاع الحيض والاستحاضة، وإما أن يكون مما لا يوقف عليه إلا بالتجربة والامتحان عند الخصومة كالإباق والسرقة والبول على الفراش والجنون، والمشتري لا يخلو إما أن يريد إثبات كون العيب في يده للحال، وإما أن يريد إثبات كونه في يد البائع عند البيع والقبض.

فإن أراد إثبات كونه للحال فإن كان يوقف عليه بالحس والعيان فإنه يثبت بنظر القاضي أو أمينه. لأن العيان لا يحتاج إلى البيان، وإن كان لا يقف عليه إلا الأطباء والبياطرة فيثبت لقوله عز وجل: ﴿فاسْئَلُوا أَهلَ الذِّكرِ إن كُنتُم لاَ تَعلَمُونَ﴾[1] وهم في هذا الباب من أهل الذكر فيسألون.

وهل/ يشترط فيه العدد؟ ذكر الكرخي في مختصره أنه يشترط فلا يثبت إلا بقول اثنين منهم من أهل [ب/١٦٥/م] الشهادة، وهكذا ذكر القاضي الإسبيجابي[2] في «**شرحه مختصر الطحاوي**».

وذكر شيخي الإمام الزاهد علاء الدين محمد بن أحمد السمرقندي رحمه الله في بعض مصنفاته: أنه ليس بشرط ويثبت بقول مسلم عدل منهم، وكذا ذكر الشيخ الإمام الزاهد أبو المعين في «**الجامع الكبير**» من تصانيفه.

وجه هذا القول أن هذه الشهادة لا يتصل بها القضاء وإنما تصح بها الخصومة فقط فلا يشترط فيها العدد، وهذا لأن شرط العدد في الشهادة تثبت تعبداً غير معقول المعنى، لأن رجحان جانب الصدق على جانب الكذب في خبر المسلم لا يقف على عدد بل يثبت بنفس العدالة، إلا أن الشرع ورد به تعبداً فيراعى فيه مورد التعبد، وهو شهادة يتصل بها القضاء، وهذه شهادة لا يتصل بها القضاء فبقيت على أصل القياس.

وحجة القول الأول: النصوص المقتضية لاعتبار العدد في عموم الشهادة والمعقول الذي ذكرناه في كتاب الشهادات، ولأن هذه الشهادة وإن كان لا يتصل بها القضاء، لكنها من ضرورات القضاء لا وجود للقضاء بدونها، ألا ترى أنه ما لم يثبت العيب عند البائع والمشتري فالقاضي لا يقضي بالرد، فكان من ضرورات القضاء، فيشترط فيها العدد كما يشترط في الشهادة على إثبات العيب عند البائع.

وإن كان مما لا يطلع عليه إلا النساء فالقاضي يريهن ذلك لقوله عز وجل: ﴿فَاسئَلوا أَهلَ الذكرِ إن كُنتم

(١) سورة النحل، الآية: (٤٣) وسورة الأنبياء، الآية: (٧).
(٢) الإسبيجابي: هو أحمد بن منصور، أبو نصر الإسبيجابي ذكره أبو حفص عمر النسفي في تاريخ سمرقند فقال: دخل سمرقند، وأجلسوه للفتوى وصار المرجوع إليه في الوقائع. وذكر أنه توفي بعد (٤٨٠ هـ) انظر «تاج التراجم» صفحة (١٢٦) و «الطبقات السنية» (٢/ ١١١) و «**الجواهر المضية**» برقم (٢٦٠).

لَا تَعْلَمُونَ﴾[1] والنساء فيما لا يطلع عليه الرجال أهل الذكر، ولا يشترط العدد منهن بل يكتفى بقول امرأة واحدة عدل والثنتان أحوط، لأن قولها فيما لا يطلع عليه الرجال حجة في الشرع، كشهادة القابلة في النسب، لكن لا بد من العدالة، لأن هذا يرجح جانب الصدق/ على جانب الكذب في الخبر، ولا يثبت بقول المشتري، [١٦٦/أ/م] وإن كان يطلع عليه لأن النظر إلى موضع العيب مباح له لأنه متهم في هذا الباب ولا تهمة فيهن ورخصة النظر ثابتة لهن حالة الضرورة على ما ذكرنا في كتاب الاستحسان فيلحق هذا بما لا يطلع عليه النساء لما قلنا.

وإن كان لا يطلع عليه إلا الجارية المشتراة فلا يثبت بقولها لكونها متهمة وإن كان في داخل فرجها فلا طريق للوقوف عليه أصلاً فكان الطريق في هذين النوعين هو استحلاف البائع بالله عز وجل ليس به للحال هذا العيب.

وأما الإباق والسرقة والبول في الفراش والجنون فلا يثبت إلا بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين، لأن هذا مما لا يوقف عليه إلا بالخبر ولا ضرورة فيه فلا بد من اعتبار العدد فيه كما في سائر الشهادات، فإن لم يقم للمشتري حجة على إثبات العيب للحال في هذه العيوب الأربعة هل يستحلف البائع لم يذكر في الأصل.

وذكر في «**الجامع**» أنه يستحلف في قول أبي يوسف ومحمد وسكت عن قول أبي حنيفة من المشايخ من قال يستحلف بلا خلاف بينهم والتنصيص على قولهما لا يدل على أن أبا حنيفة مخالفهما. ومنهم من قال: المسألة على الاختلاف ذكرت في النوادر، وذكر الطحاوي أيضاً أن عند أبي حنيفة لا يستحلف، وعندهما يستحلف.

وجه قولهما: أن المشتري يدعي حق الرد ولا يمكنه الرد إلا بإثبات العيب عند نفسه وطريق الإثبات البينة أو نكول البائع، فإذا لم تقم له بينة يستحلف لينكل البائع فيثبت العيب عند نفسه، ولهذا يستحلف عند عدم البينة على إثبات العيب عند البائع كذا هذا.

ولأبي حنيفة أن الاستحلاف يكون عقيب الدعوى على البائع ولا دعوى له على البائع إلا بعد ثبوت العيب عند نفسه ولم يثبت فلم تثبت دعواه على البائع فلا يستحلف.

وقولهما: له طريق الإثبات وهو النكول، قلنا: النكول بعد الاستحلاف وانعدام الدعوى يمنع الاستحلاف/ لأن استحلاف البائع في هذه العيوب على العلم لا على البتات بالله ما يعلم إن هذا العبد أبق عند [١٦٦/ب/م] المشتري ولا سرق ولا بال على الفراش ولا جن ولا يحلف على البتات لأنه حلف على غير فعله.

ومن حلف على غير فعله يحلف على العلم لأنه لا علم له بما ليس بفعله، ومن حلف على فعل نفسه يحلف على البتات أصله خبر المثنوي، فإن حلف لم يثبت العيب عند المشتري، وإن نكل يثبت عنده فيحتاج إلى الإثبات عنده.

وإذا أراد إثبات العيب عند البائع فينظر إن كان العيب مما لا يحتمل الحدوث أصلاً كالأصبع الزائدة ونحوها أو لا يحتمل حدوث مثله في مثل تلك المدة كالسن الشاغية ونحوها ثبت كونه عند البائع بثبوت كونه

---

(١) سورة النحل، الآية: (٤٣). وسورة الأنبياء، الآية: (٧).

عند المشتري، لأنه إذا لم يحتمل الحدوث أو لا يحتمل حدوث مثله في مثل تلك المدة فقد تيقنا بكونه عند البائع، وإن كان مما يحتمل حدوث مثله في مثل تلك المدة لا يكتفىٰ بثبوت كونه عند المشتري بل يحتاج المشتري إلى إثبات كونه عند البائع، لأنه إذا احتمل حدوث مثله في مثل تلك المدة احتمل أنه لم يكن عند البائع وحدث عند المشتري فلا يثبت حق الرد بالاحتمال فلا بد من إثباته عند البائع بالبينة وهي شهادة رجلين أو رجل وامرأتين طبيبتين كانا أو غير طبيبتين وإنما شرط العدد في هذه الشهادة لأنها شهادة يُقْضَىٰ بها على الخصم فكان العدد فيها شرطاً كسائر الشهادات التي يُقْضَىٰ بها على الخصوم.

وروي عن أبي يوسف: أن فيما لا يطلع عليه إلا النساء يرد بثبوته عند المشتري ولا يحتاج إلى الإثبات عند البائع، والمشهور من مذهب أبي يوسف ومحمد رحمهما الله أنه لا يكتفىٰ بالثبوت عند المشتري بل لا بد من إثباته عند البائع وهو الصحيح، /لأن قول النساء في هذا الباب حجة ضرورة، والضرورة في القبول [أ/١٦٧م] في حق ثبوته عند المشتري لتوجه الخصومة وليس من ضرورة ثبوته عند البائع لاحتمال الحدوث فيقبل قولهما في حق توجه الخصومة لأن حق الرد على البائع، وإذا كان الثبوت عند البائع فيما يحدث مثله شرطاً لثبوت حق الرد فيقول القاضي هل كان هذا العيب عندك.

فإن قال: نعم رد عليه إلا أن يدعي الرضا أو الإبراء، وإن قال لا، كان القول قوله إلا أن يقيم المشتري البينة، لأن المشتري يدعي عليه حق الرد وهو ينكر، فإن أقام المشتري البينة على ذلك رده على البائع إلا أن يدعي البائع الدفع أو الإبراء ويقيم البينة على ذلك فتندفع دعوى المشتري، وإن لم يكن له بينة فطلب يمين المشتري حلفه القاضي بالله سبحانه وتعالى ما رضي بهذا العيب ولا أبـرأه عنه ولا عرضه على البيع منذ رآه، وإن لم يدع الدفع بالرضا والإبراء، فإن القاضي يقضي بفسخ العقد ولا يستحلف المشتري على الرضا والإبراء والعرض على البيع عند أبي حنيفة ومحمد، وعند أبي يوسف لا يفسخ ما لم يستحلفه بالله تعالى ما رضي بهذا العيب ولا أبرأه عنه ولا عرضه على البيع بعدما علم به من العيب.

وجه قول أبي يوسف: أن القاضي لو قضى بالفسخ قبل الاستحلاف، فمن الجائز أن يدعي البائع على المشتري بالدفع بدعوى الرضا والإبراء بعد القضاء بالفسخ ويقيم البينة عليه فيفسخ قضاؤه فكان الاستحلاف قبل الفسخ فيه صيانة للقضاء عن النقض وأنه واجب.

وجه قولهما: أن البائع إذا لم يطلب يمين المشتري فتحليـف القاضي من غير طلب الخصم إنشاء الخصومة والقاضي نصب لقطع الخصومة لا لإنشائها.

وقول أبي يوسف: أن في هذا صيانة قضاء القاضي عن الفسخ فنقول الصيانة حاصلة بدونه، لأن الظاهر/ أن البائع لم يعلم بوجود الرضا من المشتري إذ لو علم لادعى الدفع بدعوى، ولما سكت عن دعوى [ب/١٦٧م] الدفع عند قيام البينة دل أنه لم يظهر له الرضا من المشتري فلا يدعي الدفع بعد ذلك.

وإن لم يقم المشتري بينة على إثبات العيب عند البائع وطلب المشتري يمينه ففيما سوى العيوب الأربعة يستحلف على البتات بالله تعالى لقد بعته وسلمته وما به هذا العيب، وإنما يجمع بين البيع والتسليم في الاستحلاف لأن الاقتصار على البيع يوجب بطلان حق المشتري في بعض الأحوال لجواز أن يحدث

العيب بعد البيع قبل التسليم فيبطل حقه فكان الاحتياط هو الجمع بينهما.

ومنهم من قال: لا احتياط في هذا لأنه لو استحلف على هذا الوجه، فمن الجائز حدوث العيب بعد البيع قبل التسليم فيكون البائع صادقاً في يمينه، لأن شرط حنثه وجود العيب عند البيع والتسليم جميعاً فلا يحنث بوجوده في أحدهما فيبطل حق المشتري فكان الاحتياط في هذا الاستحلاف على حاصل الدعوى بالله عز وجل ما له حق الرد بهذا العيب الذي ذكره.

ومنهم من قال: يستحلف بالله تعالى لقد سلمته وما به هذا العيب الذي يدعي وهو صحيح، لأنه يدخل فيه الموجود عند البيع والحادث قبل التسليم وإنما لم يستحلف على البتات، لأنه استحلف على فعل نفسه وهو البيع والتسليم بصفة السلامة.

ثم إذا حلف فإن حلف برىء ولا يرد عليه، وإن نكل يرد عليه ويفسخ العقد إلا إذا ادعى البائع على المشتري الرضا بالعيب أو الإبراء عنه أو العرض على البيع بعد العلم به ويقيم البينة فيبرأ ولا يرد عليه، وإن لم يكن له بينة وطلب تحليف المشتري يحلف عليه، وإن لم يطلب يفسخ العقد ولا يحلفه عند أبي حنيفة ومحمد خلافاً لأبي يوسف على ما تقدم.

[١٦٨/أ/م] وأما في العيوب الأربعة ففي الثلاثة منها وهي الإباق والسرقة والبول في الفراش يستحلف بالله/ تعالى ما أبق عندك منذ بلغ مبلغ الرجال، وفي الجنون بالله عز وجل ما جن عندك قط وإنما اختلفت هذه العيوب في كيفية الاستحلاف لما ذكرنا فيما تقدم أن اتحاد الحالة في العيوب الثلاثة شرط ثبوت حق الرد وليس بشرط في الجنون بل هو عيب لازم أبداً.

وأما كيفية الرد والفسخ بالعيب بعد ثبوته فالمبيع لا يخلو إما أن يكون في يد البائع أو في يد المشتري، فإن كان في يد البائع ينفسخ البيع بقول المشتري رددت ولا يحتاج إلى قضاء القاضي ولا إلى التراضي بالإجماع، وإن كان في يد المشتري لا ينفسخ إلا بقضاء القاضي أو بالتراضي عندنا.

وعند الشافعي رحمه الله[١]: ينفسخ بقوله رددت من غير الحاجة إلى القضاء ولا إلى رضا البائع.

وأجمعوا على أن الرد بخيار الشرط يصح من غير قضاء ولا رضاء. وكذلك الرد بخيار الرؤية متصلاً بلا خلاف بين أصحابنا.

وجه قول الشافعي رحمه الله: أن هذا نوع فسخ فلا تفتقر صحته إلى القضاء ولا إلى الرضا كالفسخ بخيار الشرط بالإجماع وبخيار الرؤية على أصلكم، ولهذا لم يفتقر إليه قبل القبض وكذا بعده.

ولنا: أن الصفقة تمت بالقبض وأحد العاقدين لا ينفرد بفسخ الصفقة بعد تمامها كالإقالة، وهذا لأن الفسخ يكون على حسب العقد لأنه يرفع العقد ثم العقد لا ينعقد بأحد العاقدين فلا ينفسخ بأحدهما من غير رضا الآخر من وغير قضاء القاضي، بخلاف ما قبل القبض لأن الصفقة قبل القبض ليست بتامة بل تمامها بالقبض، فكان بمنزلة القبول كأنه لم يسترد، بخلاف الرد بخيار الشرط لأن الصفقة غير منعقدة في حق

---

(١) انظر «مختصر المزني» ص (٨٣).

الحكم مع بقاء الخيار فكان الرد في معنى الدفع والامتناع من القبول، وبخلاف الرد بخيار الرؤية، لأن عدم الرؤية منع تمام الصفقة لأنه أوجب خللاً في الرضا فكان الرد كالدفع، أما ههنا إذ الصفقة قد تمت بالقبض فلا تحتمل الانفساخ بنفس الرد من غير قرينة القضاء أو الرضا والله عز وجل أعلم.

وأما بيان/ من تلزمه الخصومة في العيب فنقول وبالله التوفيق: الخصومة في البيع تلزم البائع سواء كان [ب/١٦٨/م] حكم العقد له أو لغيره بعد أن كان من أهل أن تلزمه الخصومة، إلا القاضي أو أمينه، كالوكيل والمضارب والشريك والمكاتب والمأذون والأب والوصي، لأن الخصومة في العيب من حقوق العقد وحقوق العقد في هذا الباب راجعة إلى العاقد إذا كان أهلاً، فإن لم يكن بأن كان صبياً أو محجوراً أو عبداً محجوراً فالخصومة لا تلزمه وإنما تلزم الموكل على ما ذكرنا في كتاب الوكالة.

وأما القاضي أو أمينه فالخصومة لا تلزمه، لأن الولاية للقاضي إنما ثبتت شرعاً نظراً لمن وقع له العقد، فلو لزمه العهدة لامتنع عن النظر خوفاً من لزوم العهدة فكان القاضي في هذا الباب بمنزلة الرسول فيه والوكيل في باب النكاح وما يلزم الوكيل من العهدة يرجع بها على الموكل والمكاتب والمأذون لا يرجعان على المولى لأن الوكيل يتصرف للموكل نيابة عنه، وتصرف النائب كتصرف المنوب عنه.

وأما المكاتب والمأذون فإنما يتصرفان بطريق الأصالة لأنفسهما لا بطريق النيابة عن المولى لما عرف أن الأذن فك الحجر وإزالة المانع، فإذا زال الحجر بالإذن فالعبد يتصرف بمالكية نفسه فكان عاقداً لنفسه لا لمولاه، والذي يقع للمولى هو حكم التصرف لا غير، وإذا كان عاقداً لنفسه كانت العهدة عليه ولو رد المبيع على الوكيل هل له أن يرده على موكله؟

فهذا لا يخلو من ثلاثة أوجه: إما أن يرده عليه ببينة قامت على العيب، وإما أن يرده عليه بنكوله، وإما أن يرده عليه بإقراره بالعيب.

فإن رده علييه ببينة قامت على العيب يرده على الموكل لأن البينة حجة مطلقة وهو نائب عنه فيلزم الموكل، وإن رده عليه بنكوله فكذلك لأن نكوله مضاف إلى الموكل لكونه مضطراً ملجأ إليه.

ألا ترى أنه لا يملكه في الخصومة وإنما جاء هذا الاضرار من ناحية الموكل لأنه هو الذي أوقعه فيه فكان مضافاً/ إليه. [أ/١٦٩/م]

وإن رده عليه بإقراره بالعيب ينظر إن كان عيباً لا يحدث مثله يرد على الموكل لأنه علم بثبوته عند البيع بيقين. وأما إن كان عيباً يحدث مثله لا يرد على الموكل حتى يقيم البينة، فإن كان رد عليه بقضاء القاضي بإقراره لا يرد، لأن إقرار المقر يلزمه دون غيره لأنه حجة قاصرة فكان حجة في حقه خاصة لا في حق موكله. وإن رد عليه بغير قضاء لزم الوكيل خاصة، سواء كان العيب يحدث مثله أو لا يحدث مثله، لأن الرد بغير قضاء وإن كان فسخاً في حق العاقدين فهو بيع جديد في حق غيرهما فلا يملك الرد على الموكل كما لو اشتراه.

فأما المضارب والشريك فبقبولهما يلزم رب المال والشريك الآخر، لأن حكم شركتهما تلزمهما بخلاف الوكيل والله عز وجل أعلم

وأما بيان ما يمنع الرد بالعيب ويسقط به الخيار بعد ثبوته ويلزم البيع وما لا يسقط ولا يلزم، فنقول وبالله تعالى التوفيق: الرد يمتنع بأسباب: منها الرضا بالعيب بعد العلم به لأن حق الرد لفوات السلامة المشروطة في العقد دلالة، ولما رضي بالعيب بعد العلم به دل أنه ما شرط السلامة ولأنه ثبت نظراً للمشتري دفعاً للضرر عنه، فإذا رضي بالعيب فلم ينظر لنفسه ورضي بالضرر. ثم الرضا نوعان: صريح وما هو في معنى الصريح ودلالة.

أما الأول فنحو قوله رضيت بالعيب أو أجزت هذا البيع أو أوجبته وما يجري هذا المجرى.

وأما الثاني فهو أن يوجد من المشتري بعد العلم بالعيب تصرف في المبيع يدل على الرضا بالعيب. نحو ما إذا كان ثوباً فصبغه أو قطعه، أو سويقاً فلته بسمن، أو أرضاً فبنى عليها، أو حنطة فطحنها، أو لحماً فشواه ونحو ذلك، أو تصرف تصرفاً أخرجه عن ملكه وهو عالم بالعيب أو ليس بعالم، أو باعه المشتري أو وهبه وسلمه، أو أعتقه أو كاتبه أو دبره أو استولده، لأن الإقدام على هذه التصرفات مع العلم بالعيب/ [ب/١٦٩/م] دليل الرضا بالعيب ويكون العلم بالعيب، وكل ذلك يبطل حق الرد.

ولو باعه المشتري ثم رد عليه بعيب، فإن كان قبل القبض له أن يرده على بائعه، سواء كان الرد بقضاء القاضي أو بالتراضي بالإجماع، وإن كان بعد القبض، فإن كان بقضاء القاضي له أن يرده على بائعه بلا خلاف؛ وإن كان قبله البائع بغير قضاء ليس له أن يرده عندنا وعند الشافعي رحمه الله له أن يرده.

وجه قوله: أن المانع من الرد خروج السلعة عن ملكه فإذا عادت إليه فقد زال المانع وصار كأنه لم يخرج، ولهذا إذا رد عليه بقضاء له أن يرده على بائعه وكذا إذا رد عليه بخيار شرط أو بخيار رؤية على أصلكم.

ولنا: أن القبول بغير قضاء فسخ في حق العاقدين بيع جديد في حق غيرهما فصار كما لو عاد إليه بشراء، ولو اشتراه لم يملك الرد على بائعه. كذا هذا.

والدليل على أن القبول بغير قضاء بيع جديد في حق غير العاقدين أن معنى البيع موجود، فكان شبهة الشراء قائمة. فكان الرد عند التراضي بيعاً لوجود معنى البيع فيه إلا أنه أعطى له حكم الفسخ في حق العاقدين فبقي بيعاً جديداً في حق غيرهما بمنزلة الشراء المبتدأ، ولهذا يثبت للشفيع حق الشفعة وحق الشفعة إنما يثبت بالبيع بخلاف الرد بقضاء القاضي لأنه لم يوجد فيه معنى البيع أصلاً لانعدام التراضي فكان فسخاً والفسخ رفع العقد من الأصل وجعله كأن لم يكن ولهذا لم يثبت للشفيع حق الشفعة، وبخلاف ما قبل القبض لأن الصفقة لا تمام لها قبل القبض.

ألا ترى أن حدوث العيب قبل القبض كوجوده قبل البيع فكان الرد قبل القبض في معنى الامتناع عن القبول كأن المشتري رد إيجاب البائع ولم يقبله. ولهذا لم يفتقر الرد قبل القبض إلى القاضي، وبخلاف ما إذا رد عليه بخيار شرط أو رؤية أنه يرده على بائعه لأن معنى البيع لم يوجد في هذا الرد.

[أ/١٧٠/م] ألا ترى أنه يرد على بائعه من غير رضاه فكان فسخاً ورفعاً للعقد من الأصل كأنه لم يكن، وكذا لو/

وطىء الجارية المشتراة أو لمسها لشهوة أو نظر إلى فرجها بشهوة مع العلم بالعيب لما قلنا، وكذا بدون العلم بالعيب.

وقال الشافعي رحمه[1] الله: إن كانت الجارية بكراً فوطئها المشتري فكذلك، وأما إذا كانت ثيباً فوطئها بدون العلم بالعيب لا تمنع الرد بالعيب، وستأتي المسألة إن شاء الله تعالى.

ولو قبلت الجارية المشتري لشهوة فقد مر تفصيل الكلام فيه في شرط الخيار، ولو استخدم المشتري بعدما علم بالعيب فالقياس أن يسقط خياره، وفي الاستحسان لا يسقط، وقد ذكرنا وجه القياس والاستحسان في خيار الشرط، ولو كان المُشْتَرَىٰ دابة فركبها بعد العلم بالعيب، فإن ركبها لحاجة نفسه يسقط خياره.

وإن ركبها ليسقيها أو ليردها على البائع أو ليشتري لها علفاً ففيه قياس واستحسان كما في الاستخدام وقد ذكرنا ذلك في خيار الشرط، ولو ركبها لينظر إلى سيرها بعد العلم بالعيب يكون رضا يسقط خياره، وفي شرط الخيار لا يسقط والفرق بينهما قد تقدم في خيار الشرط. وكذا لو اشترى ثوباً فلبسه بعد العلم لينظر إلى طوله وعرضه بطل خياره وفي خيار الشرط لا يبطل.

ووجه الفرق بينهما قد ذكرناه في شرط الخيار، وإن كان المُشْتَرَىٰ داراً فسكنها بعدما علم بالعيب أو رم منها شيئاً أو هدم يسقط خياره، وذكر في بعض «**شروح مختصر الطحاوي**» في السكنى روايتان.

والحاصل: أن كل تصرف يوجد من المشتري في المُشْتَرَىٰ بعد العلم بالعيب يدل على الرضا بالعيب يسقط الخيار ويلزم البيع والله عز وجل أعلم.

ومنها: إسقاط الخيار صريحاً أو ما هو في معنى الصريح نحو أن يقول المشتري أسقطت الخيار أو أبطلته أو ألزمت البيع أو أوجبته وما يجري هذا المجرى لأن خيار العيب حقه والإنسان بسبيل من التصرف في حقه استيفاء وإسقاطاً.

ومنها: إبراء المشتري عن العيب لأن الإبراء إسقاط وله ولاية الإسقاط، لأن الخيار حقه والمحل قابل/ للسقوط، ألا ترى كيف احتمل السقوط بالإسقاط صريحاً فإذا أسقطه يسقط. [ب/ ١٧٠/ م]

ومنها: هلاك المبيع لفوات محل الرد، ومنها نقصانه، وجملة الكلام فيه أن نقصان المبيع لا يخلو إما أن يكون قبل القبض، وإما أن يكون بعده، وكل ذلك لا يخلو إما أن يكون بآفة سماوية أو بفعل المشتري أو بفعل البائع أو بفعل المبيع أو بفعل أجنبي، فإن كان قبل القبض بآفة سماوية أو بفعل المبيع فهذا وما إذا لم يكن به عيب سواء، وقد ذكرنا حكمه في بيع البات فيما تقدم إن المشتري بالخيار.

ثم إن كان النقصان نقصان قدر فإن شاء أخذ الباقي بحصته من الثمن وإن شاء ترك، وإن كان نقصان وصف، فإن شاء أخذه بجميع الثمن، وإن شاء ترك لما ذكرنا هنالك.

وإن كان بفعل البائع فكذلك الجواب فيه وفيما إذا لم يكن به عيب سواء وهو أن المشتري بالخيار إن شاء أخذه وطرح عنه قدر النقصان الذي حصل بفعل البائع من الثمن، وإن شاء ترك كما إذا لم يجد به عيباً،

---

(١) انظر «مختصر المزني» ص (٨٣).

وإن كان بفعل المشتري لا خيار له ويصير قابضاً بالجناية ويتقرر عليه جميع الثمن إن لم يجد به عيباً كان عند البائع على ما ذكرنا فيما تقدم، وإن وجد عيباً كان عند البائع، فإن شاء رجع بنقصان العيب وإن شاء رضي به.

وإن قال البائع: أنا آخذه مع النقصان ليس للمشتري أن يحبسه ويرجع عليه بالنقصان بل يرده عليه ويسقط جميع الثمن، وسنذكر الأصل في جنس هذه المسائل في بيان ما يمنع الرجوع بنقصان العيب وما لا يمنع.

هذا إذا لم يوجد من البائع منع المبيع لاستيفاء الثمن بعدما صار المشتري قابضاً بالجناية، فأما إذا وجد منه منع بعد ذلك، ثم وجد المشتري به عيباً له أن يرده على البائع ويسقط عن المشتري جميع الثمن، لأنه بالمنع صار مسترداً للمبيع ناقضاً ذلك القبض فانتقض وجعل كأن لم يكن له فكان حق الرد على البائع ويسقط عنه جميع الثمن إلا قدر ما/ نقص بفعله. [أ/١٧١/م]

وإن كان بفعل أجنبي فالمشتري بالخيار إن شاء رضي به بجميع الثمن واتبع الجاني بالأرش، وإن شاء ترك ويسقط عنه جميع الثمن واتبع البائع الجاني بالأرش كما إذا لم يجد المشتري بها عيباً.

هذا إذا حدث النقصان قبل القبض ثم وجد به عيباً، فأما إذا حدث بعد القبض ثم وجد به عيباً فإن حدث بآفة سماوية أو بفعل المبيع أو بفعل المشتري لم يكن له أن يرده بالعيب عند عامة العلماء، وقال مالك رحمه الله: له أن يرده ويرد معه أرش العيب الحادث.

وجه قوله: أن حق الرد بالعيب ثبت نظراً للمشتري. فلو امتنع إنما يمتنع نظراً للبائع والمشتري باستحقاق النظر أولى من البائع، لأنه لم يدلس العيب والبائع قد دلس.

ولنا: أن شرط الرد أن يكون المردود عند الرد على الصفة التي كان عليها عند القبض ولم يوجد، لأنه خرج عن ملك البائع معيباً بعيب واحد ويعود على ملكه معيباً بعيبين فانعدم شرط الرد فلا يرد، ولو كان المبيع جارية فوطئها المشتري، ثم اطلع على عيب بها، فإن كانت بكراً لم يردها بالإجماع، وإن كانت ثيباً فكذلك عندنا، وقال الشافعي رحمه الله ترد.

وجه قوله: أنه وجد سبب ثبوت حق الرد مع شرطه وما بعد السبب وشرطه إلا الحكم، أما السبب فهو العيب وقد وجد.

وأما الشرط فهو: أن يكون المردود وقت الرد كما كان وقت القبض وقد وجد لأن الوطء لا يوجب نقصان العين إذ هو استيفاء منافع البضع فأشبه الاستخدام بخلاف وطء البكر/ لأن العذرة عضو منها وقد أزالها بالوطء. [ب/١٧١/م]

ولنا: أن منافع البضع لها حكم الأجزاء والأعيان بدليل أنها مضمونة بالعين وغير العين لا يضمن بالعين هو الأصل وإذ قام الدليل على أن المنافع لا تضمن بالإتلاف عندنا أصلاً فكان استيفاؤها في حكم إتلاف الأجزاء والأعيان فانعدم شرط الرد فيمتنع الرد كما إذا قطع طرفاً منها وكما في وطء البكر بخلاف

الاستخدام لأنه استيفاء منفعة محضة مالها حكم الجزء والعين ولأنه لو رد الجارية وفسخ العقد رفع من الأصل من كل وجه أو من وجه فتبين أن الوطء صادف ملك البائع من كل وجه أو من وجه وأنه حرام فكان المنع من الرد طريق الصيانة عن الحرام وأنه واجب.

وعلى هذا يخرج ما قاله أبو حنيفة رحمه الله: فيما إذا اشترى رجلان شيئاً، ثم اطلعا على عيب به كان عند البائع أنه لا ينفرد أحدهما بالفسخ دون صاحبه وعند أبي يوسف ومحمد ينفرد أحدهما بالفسخ، وعلى هذا الخلاف لو اشتريا شيئاً على أنهما بالخيار فيه ثلاثة أيام أو اشتريا شيئاً لم يرياه.

وجه قولهما: أنه رد المشتري كما اشترى فيصح كما إذا اشترى عبداً على أنه بالخيار في نصفه ثلاثة أيام فرد النصف ودلالة الوصف أنه اشترى النصف لأنهما لما اشتريا العبد جملة واحدة كان كل واحد منهما مشترياً نصفه وقد رد النصف فقد رد ما اشترى كما اشترى.

ولأبي حنيفة رحمه: أنه لم يوجد شرط الرد، وثبوت حق الرد عند انعدام شرطه ممتنع.

والدليل على أنه لم يوجد شرط الرد أن الشرط أن يكون المردود على الوصف الذي كان مقبوضاً ولم يوجد لأنه قبضه غير معيب بعيب زائد فلو رده لرده وهو معيب بعيب زائد وهو عيب الشركة، لأن الشركة في الأعيان عيب لأن نصف العين لا يُشْتَرَىٰ بالثمن الذي يُشْتَرَىٰ به لو لم يكن مشتركاً فلم يوجد رد ما اشترى فلا يصح الرد دفعاً للضرر عن البائع، ولهذا لو أوجب البائع البيع في عبد لاثنين فقبل أحدهما دون الآخر لم يصح لأن البائع لم يرضَ بزوال ملكه إلا عن الجملة فإذا قبل أحدهما دون الآخر فقد فرق الصفقة على البائع فلم يصح دفعاً للضرر عنه. كذا هذا.

وكذلك لو كان النقصان بفعل أجنبي أو بفعل البائع بأن قطع يده ووجب/ الأرش أو كانت جارية [أ/١٧٢/م] فوطئها ووجب العقر لم يكن له أن يرد بالعيب لما قلنا ولمعنى آخر يختص به وهو أن النقصان بفعل الأجنبي أو بفعل البائع يؤخذ الأرش والعقر للمشتري وأنه زيادة، ولهذا يمنع الرد بالعيب على ما نذكره إن شاء الله تعالى.

ولو اشترى مأكولاً في جوفه كالبطيخ والجوز والقثاء والخيار والرمان والبيض ونحوها فكسره فوجده فاسداً فهذا في الأصل لا يخلو عن أحد وجهين: إما إن وجده كله فاسداً، وإما إن وجد البعض فاسداً والبعض صحيحاً، فإن وجده كله فاسداً فإن كان مما لا ينتفع به أصلاً فالمشتري يرجع على البائع بجميع الثمن لأنه تبين أن البيع وقع باطلاً، لأنه بيع ما ليس بمال؛ وبيع ما ليس بمال لا ينعقد، كما إذا اشترى عبداً ثم تبين أنه حر.

وإن كان مما يمكن الانتفاع به في الجملة ليس له أن يرده بالعيب عندنا، وعند الشافعي رحمه الله: له أن يرده[1].

---

(١) انظر «مختصر المزني» صفحة (٨٤) «الروضة» (٣/ ٤٧٠ و٤٧١) و «المنهاج» صفحة (٤٦).

وجه قوله: أنه لما باعه منه فقد سلطه على الكسر فكان الكسر حاصلاً بتسليط البائع فلا يمنع الرد. ولنا ما ذكرنا فيما تقدم أن شرط الرد أن يكون المردود وقت الرد على الوصف الذي كان عليه وقت القبض ولم يوجد لأنه تعيب بعيب زائد بالكسر فلو رد عليه لرد معيباً بعيبين فانعدم شرط الرد.

وأما قوله: البائع سلطه على الكسر فنعم، لكن بمعنى أنه مكنه من الكسر بإثبات الملك له فيكون هو بالكسر متصرفاً في ملك نفسه لا في ملك البائع بأمره ليكون ذلك منه دلالة الرضا بالكسر.

وإن وجد بعضه فاسداً دون البعض ينظر إن كان الفاسد كثيراً يرجع على البائع بجميع الثمن لأنه ظهر أن البيع وقع في القدر الفاسد باطلاً، لأنه تبين أنه ليس بمال وإذا بطل في ذلك القدر يفسد في الباقي، كما إذا جمع بين حر وعبد وباعهما صفقة واحدة.

وإن كان قليلاً فكذلك في القياس وفي الاستحسان صح البيع في الكل وليس له أن يرد ولا أن يرجع فيه بشيء، لأن قليل الفساد فيه مما لا يمكن التحرز عنه إذ هذه الأشياء/ [ب/١٧٢/م] في العبادات لا تخلو عن قليل فساد فكان فيه ضرورة فيلتحق ذلك القدر بالعدم.

ومن مشايخنا من فصل تفصيلاً آخر فقال: إذا وجد كله فاسداً فإن لم يكن لقشره قيمة فالبيع باطل لأنه تبين أنه باع ما ليس بمال، وإن كان لقشره قيمة كالرمان ونحوه فالبيع لا يبطل، لأنه إذا كان لقشره قيمة كان القشر مالاً ولكن البائع بالخيار إن شاء رضي به ناقصاً وقبل قشره ورد جميع الثمن وإن شاء لم يقبل لأنه تعيب بعيب زائد ورد على المشتري حصة المعيب جبراً لحقه وإن وجد بعضه فاسداً فعلى هذا التفصيل أيضاً، لأنه إن لم يكن لقشره قيمة رجع على البائع بحصته من الثمن، وإن كان لقشره قيمة رجع بحصة العيب دون القشر اعتباراً للبعض بالكل إلا إذا كان الفاسد منه قليلاً قدر ما لا يخلو مثله عن مثله فلا يرد ولا يرجع بشيء، والله عز وجل أعلم.

ومنها: الزيادة المنفصلة المتولدة من المبيع بعد القبض.

وجملة الكلام في الزيادة أنها لا تخلو إما إن حدثت قبل القبض وإما إن حدثت بعده وكل واحدة من الزيادتين لا تخلو من أن تكون متصلة أو منفصلة، والمتصلة لا تخلو من أن تكون متولدة من الأصل كالحسن والجمال والكبر والسمن والسمع وإنجلاء بياض إحدى العينين ونحو ذلك، أو غير متولدة منه كالصبغ في الثوب والسمن أو العسل الملتوت بالسويق والبناء في الأرض ونحوها وكذلك المنفصلة لا تخلو من أن تكون متولدة من الأصل كالولد والثمرة واللبن ونحوها، أو غير متولدة من الأصل كالكسب والصدقة والغلة، والبيع لا يخلو إما أن يكون صحيحاً أو فاسداً.

أما الزيادة في البيع الفاسد فحكمها نذكره في بيان حكم البيع الفاسد إن شاء الله تعالى.

وأما في البيع الصحيح فإن حدثت الزيادة قبل القبض فإن كانت متصلة متولدة من الأصل فإنها لا تمنع الرد بالعيب، لأن هذه الزيادة تابعة للأصل حقيقة لقيامها بالأصل فكانت مبيعة تبعاً، والأصل أن ما كان تابعاً في العقد/ [أ/١٧٣/م] يكون تابعاً في الفسخ، لأن الفسخ رفع العقد فينفسخ العقد في الأصل بالفسخ فيه مقصوداً، وينفسخ في الزيادة تبعاً للانفساخ في الأصل.

وإن كانت متصلة غير متولدة من الأصل فإنها تمنع الرد بالعيب لأن هذه الزيادة ليست بتابعة بل هي أصل بنفسها.

الا ترى أنه لا يثبت حكم البيع فيها أصلاً وراساً فلو رد المبيع لكان لا يخلو إما أن يرده وحده بدون الزيادة وإما أن يرده مع الزيادة لا سبيل إلى الأول لأنه متعذر لتعذر الفصل، ولا سبيل إلى الثاني لأن الزيادة ليست بتابعة في العقد فلا تكون تابعة في الفسخ، ولأن المشتري صار قابضاً للمبيع بإحداث هذه الزيادة فصار كأنها حدثت بعد القبض، وحدوثها بعد القبض يمنع الرد بالعيب، والله عز وجل أعلم.

وإن كانت متفصلة متولدة من الأصل لا تمنع الرد فإن شاء المشتري ردهما جميعاً وإن شاء رضي بهما بجميع الثمن بخلاف ما بعد القبض عندنا إنها تمنع الرد بالعيب وسنذكر الفرق إن شاء الله تعالى. ولو لم يجد بالأصل عيباً ولكن وجد بالزيادة عيباً ليس له أن يردها لأن هذه الزيادة قبل القبض مبيعة تبعاً، والمبيع تبعاً لا يحتمل فسخ العقد فيه مقصوداً إلا إذا كان حدوث هذه الزيادة قبل القبض مما يوجب نقصاناً في المبيع كولد الجارية فله خيار الرد لكن لا للزيادة بل للنقصان.

ولو قبض الأصل والزيادة جميعاً ثم وجد بالأصل عيباً له أن يرده خاصة بحصته من الثمن بعدما قسم الثمن على قدر الأصل وقت البيع وعلى قيمة الزيادة وقت القبض لأن الزيادة إنما تأخذ قسطاً من الثمن بالقبض، كذلك يعتبر قبضها وقت القبض.

ولو لم يجد بالأصل عيباً ولكنه وجد بالزيادة عيباً فله أن يردها خاصة بحصتها من الثمن لأنه صار لها حصة من الثمن بالقبض فيردها بحصتها من الثمن، فإن كانت الزيادة منفصلة من الأصل فإنها لا تمنع الرد بالعيب، لأن هذه الزيادة ليست بمبيعة لانعدام ثبوت حكم البيع فيها، وإنما هي مملوكة بسبب على حدة أو بملك الأصل فبالرد ينفسخ/ العقد في الأصل وتبقى الزيادة مملوكة بوجود سبب الملك فيه مقصوداً أو بملك [ب/ ١٧٣/م] الأصل لا بالبيع فكانت ربحاً لا ربا لاختصاص الربا بالبيع لأنه فضل مال قصد استحقاقه بالبيع في عرف الشرع ولم يوجد، ثم إذا رد الأصل فالزيادة تكون للمشتري بغير ثمن عند أبي حنيفة لكنها لا تطيب له لأنها حدثت على ملكه، إلا أنها ربح ما لم يضمن فلا تطيب وعند أبي يوسف ومحمد الزيادة تكون للبائع لكنها لا تطيب له، وهذا إذا اختار المشتري الرد بالعيب، فإن رضي بالعيب واختار البيع فالزيادة لا تطيب له بلا خلاف لأنها ربح ما لم يضمن، «ونهى رسولُ الله ﷺ عَنْ ذَلِكَ»[1]، ولأنها زيادة لا يقابلها عوض في عقد البيع وأنه تفسير الربا.

---

(١) اخرجه أبو داود الطيالسي في «مسنده» صفحة (٢٩٨) برقم (٢٢٥٧).
وأحمد في «المسند» (٢/ ١٧٨ ـ ١٧٩).
وأبو داود في «سننه» في البيوع، باب في الرجل يبيع ما ليس عنده برقم (٣٥٠٤).
والترمذي في «جامعه» في البيوع، باب ما جاء في كراهية بيع ما ليس عندك برقم (١٢٣٤) وقال: حسن صحيح.
والنسائي في «المجتبى من السنن» (٧/ ٢٨٨) في البيوع، باب بيع ما ليس عند البائع. وفي (٧/ ٢٩٥)، باب شرطان في بيع
وابن ماجه في «سننه» في التجارات، باب النهي عن بيع ما ليس عندك عن عبد الله بن عمرو رضي الله عنه قال: «لا يحل سلف وبيعٌ ولا شرطان في بيع، ولا ربح ما لم يضمن، ولا بيع ما ليس عندك».

ولو قبض المشتري المبيع مع هذه الزيادة ثم وجد بالمبيع عيباً، فإن كانت الزيادة هالكة له أن يرد المبيع خاصة بجميع الثمن بلا خلاف، وإن كانت قائمة فكذا عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد يرد معه الزيادة.

وجه قولهما: أن هذه زيادة حدثت قبل القبض فيردها مع الأصل، ولأبي حنيفة أن هذه الزيادة لا تتبع الأصل في حكم العقد فلا تتبعه في حكم الفسخ، ولو وجد بالزيادة عيباً ليس له أن يردها لأنه لا حصة لهذه الزيادة من الثمن فلا تحتمل الرد بالعيب لأنها لو ردت لردت بغير شيء.

هذا إذا حدثت الزيادة قبل القبض، فأما إذا حدثت بعد القبض، فإن كانت متصلة متولدة من الأصل فإنها لا تمنع الرد إن رضي المشتري بردها مع الأصل بلا خلاف لأنها تابعة حقيقة وقت الفسخ فبالرد ينفسخ العقد في الأصل مقصوداً وينفسخ في الزيادة تبعاً.

وإن أبى أن يرده وأراد أن يأخذ نقصان العيب من البائع وأبى البائع إلا الرد مع العيب ودفع جميع الثمن، اختلف فيه قال أبو حنيفة رحمه الله وأبو يوسف للمشتري أن يأخذ نقصان/ [أ/١٧٤م] العيب من البائع وليس للبائع أن يأبى ذلك ويطلب الرد ويقول لا أعطيك نقصان العيب ولكن رد علي المبيع معيباً لأدفع إليك جميع الثمن.

وقال محمد رحمه الله: ليس للمشتري أن يرجع بالنقصان على البائع إذا أبى ذلك وللبائع أن يقول له رد على المبيع حتى أرد إليك الثمن كله، ولقب المسألة أن الزيادة المتصلة المتولدة من الأصل بعد القبض هل تمنع الرد بالعيب إذا لم يرض صاحب الزيادة وهو المشتري برد الزيادة ويريد الرجوع بنقصان العيب عندهما يمنع، وعنده لا يمنع.

وأصل المسألة في النكاح إذا ازداد المهر زيادة متصلة متولدة من الأصل بعد القبض ثم ورد الطلاق قبل الدخول أنها هل تمنع التنصيف عندهما تمنع وعليها نصف القيمة يوم قبضت وعنده لا تمنع ونذكر المسألة في النكاح.

وإن كانت متصلة غير متولدة من الأصل تمنع الرد بالإجماع ويرجع بنقصان العيب لما ذكرنا أنه لو رد الأصل، فإما أن يرده مع الزيادة والرد وحده لا يمكن والزيادة ليست بتابعة في العقد فلا يمكن أن يجعلها تابعة في الفسخ إلا إذا تراضيا على الرد لأنه صار بمنزلة بيع جديد، وإن كانت الزيادة منفصلة متولدة من الأصل فإنها تمنع الرد بالعيب عندنا.

وعند الشافعي[1] رحمه الله: لا تمنع ويرد الأصل بدون الزيادة، وكذلك هذه الزيادة تمنع الفسخ عندنا من الإقالة والرد بخيار الشرط وخيار الرؤية.

والكلام فيه مبنيٌ على أصل ذكرناه فيما تقدم، وهو أن الزيادة عندنا مبيعة تبعاً لثبوت حكم الأصل فيه تبعاً وبالرد بدون الزيدة ينفسخ العقد في الأصل مقصوداً وتبقى الزيادة في يد المشتري مبيعاً مقصوداً بلا ثمن

(١) انظر «مختصر المزني» صفحة (٨٣) والمنهاج صفحة (٤٨).

يستحق بالبيع، وهذا تفسير الربا في عرف الشرع بخلاف الزيادة قبل القبض لأنها لا ترد بدون الأصل أيضاً احترازاً عن/ الربا بل ترد مع الأصل،وردها مع الأصل لا يتضمن الربا ثم إنما لا يرد الأصل مع الزيادة ههنا [ب/١٧٤م] ورد هناك، أما امتناع رد الأصل بدون الزيادة فلما قلنا إنه يؤدي إلى الربا.

وأما رده مع الزيادة فلأنه يؤدي إلى أن يكون الولد التابع بعد الرد ربح ما لم يضمن لأنه ينفسخ العقد في الزيادة ويعود إلى البائع ولم يصل إلى المشتري بمقابلته شيء من الثمن في الفسخ لأنه لا حصة له من الثمن فكان الولد للبائع ربح ما لم يضمن لأنه حصل في ضمان المشتري، فأما الولد قبل القبض فقد حصل في ضمان البائع فلو انفسخ العقد فيه لا يكون ربح ما لم يضمن بل ربح ما ضمن وإن كانت منفصلة غير متولدة من الأصل لا يمتنع الرد بالعيب ويرد الأصل على البائع والزيادة للمشتري طيبة له لما مر أن هذه الزيادة ليست بمبيعة أصلاً لانعدام ثبوت حكم البيع فيها بل ملكت بسبب على حدة فأمكن إثبات حكم الفسخ فيه بدون الزيادة فيرد الأصل وينفسخ العقد فيه وتبقى الزيادة مملوكة للمشتري بوجود سبب الملك فيها شرعاً فتطيب له.

هذا إذا كانت الزيادة قائمة في يد المشتري، فأما إذا كانت هالكة فهلاكها لا يخلو من أن يكون بآفة سماوية أو بفعل المشتري أو بفعل أجنبي، فإن كان بآفة سماوية له أن يرد الأصل بالعيب وتجعل الزيادة كأنها لم تكن، وإن كان بفعل المشتري فالبائع بالخيار إن شاء قبل ورد جميع الثمن، وإن شاء لم يقبل ويرد نقصان العيب سواء كان حدوث ذلك أوجب نقصاناً في الأصل أو لم يوجب نقصاناً فيه، لأن إتلاف الزيادة بمنزلة إتلاف جزء متصل بالأصل لكونها متولدة من الأصل وذا يوجب الخيار للبائع، وإن كان بفعل أجنبي ليس له أن يرد لأنه يجب ضمان الزيادة على الأجنبي فيقوم الضمان مقام العين فكان عينه قائمة فيمتنع الرد ويرجع بنقصان العيب والله عز وجل أعلم.

وأما بيان ما يفسخ به العقد/ فالكلام ههنا يقع في موضعين: [أ/١٧٥م]

أحدهما: في بيان ما ينفسخ به.

والثاني: في بيان شرائط جواز الفسخ.

أما الأول فنوعان: اختياري وضروري فالاختياري نحو قوله فسخته أو نقضته أو رددته وما هو في معناه والضروري هلاك المعقود عليه قبل القبض، وأما شرائط جواز الفسخ، فمنها سقوط الخيار، لأن البيع يلزم بسقوط الخيار فيخرج عن احتمال الفسخ.

ومنها: علم صاحبه بالفسخ بلا خلاف بين أصحابنا سواء كان بعد القضاء أو قبله بخلاف خيار الشرط والرؤية، وهل يشترط له القضاء أو الرضا إن كان قبل القبض لا يشترط له قضاء القاضي ولا رضا البائع، وإن كان بعد القبض يشترط له القضاء أو الرضا وقد ذكرنا الفرق فيما تقدم.

ومنها: أن لا يتضمن الفسخ تفريق الصفقة على البائع قبل التمام فإن تضمن لا يجوز إلا أن يرضى به البائع لأن تفريق الصفقة على البائع قبل التمام إضرار به على ما نذكر والضرر واجب الدفع ما أمكن إلا أن يرضى به البائع، لأن الضرر المرضي به من جهة المتضرر لا يجب دفعه.

وعلى هذا يخرج ما إذا وجد المشتري المبيع معيباً فأراد رد بعضه دون بعض قبل القبض، وجملة الكلام فيه أن المبيع لا يخلو إما أن يكون شيئاً واحداً حقيقة وتقديراً كالعبد والثوب والدار والكرم والمكيل والموزون والمعدود المتقارب في وعاء واحد أو صبرة واحدة، وإما أن يكون أشياء متعددة كالعبدين والثوبين والدابتين والمكيل والموزون والمعدود في وعاءين أو صبرتين وكل شيئين ينتفع بأحدهما فيما وضع له بدون الآخر.

وإما أن يكون شيئين حقيقة وشيئاً واحداً تقديراً كالخفين والنعلين والمكعبين ومصراعي الباب وكل شيء لا ينتفع بأحدهما فيما وضع له بدون الآخر فلا يخلو إما أن يكون المشتري قبض كل المبيع وإما إن لم يقبض شيئاً منه وإما إن قبض البعض دون البعض. والحادث في المبيع لا يخلو إما أن يكون عيباً أو استحقاقاً. أما العيب فإن وجده ببعض المبيع قبل القبض/ لشيء منه فالمشتري بالخيار إن شاء رضي بالكل [ب/١٧٥م] ولزمه جميع الثمن وإن شاء رد الكل وليس له أن يرد المعيب خاصة بحصته من الثمن، سواء كان المبيع شيئاً واحداً أو أشياء لأن الصفقة لا تمام لها قبل القبض، وتفريق الصفقة قبل تمامها باطل.

والدليل على أن الصفقة لا تتم قبل القبض أن الموجود قبل القبض أصل العقد والملك لا صفة التأكيد. ألا ترى أنه يحتمل الانفساخ بهلاك المعقود عليه وهو أنه عدم التأكيد، وإذا قبض وقع الأمر عن الانفساخ بالهلاك فكان حصول التأكيد بالقبض، والتأكيد إثبات من وجه أو له شبهة الإثبات وكذا ملك التصرف يقف على القبض فيدل على نقصان الملك قبل القبض، ونقصان الملك دليل نقصان العقد.

وكذا المشتري إذا وجد بالمبيع عيباً ينفسخ البيع بنفس الرد من غير الحاجة إلى قضاء القاضي ولا إلى التراضي.

ولو كانت الصفقة تامة قبل القبض لما احتمل الانفساخ بنفس الرد كما بعد القبض، فيثبت بهذه الدلائل أن الصفقة ليست بتامة قبل القبض.

والدليل على أنه لا يجوز تفريق الصفقة على البائع قبل تمامها أن التفريق إضرار بالبائع والضرر واجب الدفع ما أمكن، وبيان الضرر أن المبيع لا يخلو إما أن يكون شيئاً واحداً، وإما أن يكون أشياء حقيقة شيئاً واحداً تقديراً، والتفريق تضمن الشركة، والشركة في الأعيان عيب فكان التفريق عيباً، وأنه عيب زائد لم يكن عند البائع فيتضرر به البائع، وإن كان المبيع أشياء فالتفريق يتضمن ضرراً آخر وهو لزوم البيع في الجيد بثمن الرديء، لأن ضم الرديء إلى الجيد والجمع بينهما في الصفقة من عادة التجارة ترويجاً للرديء بواسطة الجيد فمن الجائز أن يرى المشتري العيب بالرديء فيرده فيلزم البيع في الجيد بثمن الرديء فيضرر به البائع، فدل أن في التفريق ضرراً فيجب دفعه ما أمكن، ولهذا لم يجز التفريق في القبول بأن أصاب الإيجاب إلى جملةٍ فقبل المشتري في البعض دون البعض دفعاً للضرر عن البائع بلزوم/ حكم البيع في البعض من غير [أ/١٧٦م] إضافة الإيجاب إليه، لأنه ما أوجب البيع إلا في الجملة فلا يصح القبول إلا في الجملة لئلا يزول ملكه من غير إزالته فيتضرر به.

على أن تمام الصفقة لما تعلق بالقبض كان القبض في معنى القبول من وجه فكان رد البعض وقبض

البعض تفريقاً في القبول من وجه فلا يملك إلا أن يرضى البائع برد المعيب عليه فيأخذه ويدفع حصته من الثمن فيجوز ويأخذ المشتري الباقي بحصته من الثمن، لأن امتناع الرد كان لدفع الضرر عنه نظراً له فإذا رضي به فلم ينظر لنفسه.

وإن كان المشتري قبض بعض المبيع دون البعض فوجد ببعضه عيباً فكذلك لا يملك رد المعيب خاصة بحصته من الثمن، سواء كان المبيع شيئاً واحداً أو أشياء، وسواء وجد العيب بغير المقبوض أو بالمقبوض في ظاهر الرواية، لأن الصفقة لا تتم إلا بقبض جميع المعقود عليه فكان رد البعض دون البعض تفريق الصفقة قبل التمام وإنه باطل.

وروي عن أبي يوسف أنه إذا وجد العيب بغير المقبوض فكذلك، فأما إذا وجد بالمقبوض فله أن يرده خاصة بحصته من الثمن، فهو نظر إلى المعيب منهما أيهما كان، واعتبر الآخر به، فإن كان المعيب غير المقبوض اعتبر الآخر غير مقبوض فكأنهما لم يقبضا جميعاً، وإن كان المعيب مقبوضاً اعتبر الآخر مقبوضاً فكأنه قبضهما جميعاً، لكن هذا الاعتبار ليس بسديد لأنه في حد التعارض، إذ ليس اعتبار غير المعيب بالمعيب في القبض وعدمه أولى من اعتبار المعيب بغير المعيب في القبض بل هذا أولى، لأن الأصل عدم القبض والعمل بالأصل عند التعارض أولى.

هذا إذا كان المشتري لم يقبض شيئاً من المبيع أو قبض البعض دون البعض فإن كان قبض الكل ثم وجد به عيباً، فإن كان المبيع شيئاً واحداً حقيقة وتقديراً فكذلك الجواب أن المشتري إن شاء رضي بالكل بكل الثمن وإن شاء رد الكل واسترد جميع الثمن وليس له أن يرد قدر المعيب/ خاصة بحصته من الثمن لما [ب/١٧٦/م] ذكرنا أن فيه إلزام عيب الشركة وإنها عيب حادث مانع من الرد.

وإن كان أشياء حقيقة شيئاً واحداً تقديراً فكذلك، لأن إفراد أحدهما بالرد إضراراً بالبائع إذ لا يمكن الانتفاع بأحدهما فيما وضع له بدون الآخر فكانا فيما وضعا له من المنفعة كشيء واحد فكان المبيع شيئاً واحداً من حيث المعنى فبالرد تثبت الشركة من حيث المعنى والشركة في الأعيان عيب، وإذا كان لا يمكن الانتفاع بأحدهما بدون صاحبه فيما وضع له كان التفريق تعييباً فيعود المبيع إلى البائع بعيب زائد حادث لم يكن عنده، وإن كان أشياء حقيقة وتقديراً فليس له أن يرد الكل إلا عند التراضي وله أن يرد المعيب خاصة بحصته من الثمن عند أصحابنا الثلاثة، وعند زفر والشافعي رحمهما الله ليس له ذلك بل يردهما أو يمسكهما.

وجه قولهما: أن في التفريق بينهما في الرد إضراراً بالبائع لما ذكرنا أن ضم الرديء إلى الجيد في البيع من عادة التجار ليروج الرديء بواسطة الجيد وقد يكون العيب بالرديء فيرده على البائع ويلزمه البيع في الجيد بثمن الرديء وهذا إضرار بالبائع، ولهذا امتنع الرد قبل القبض فكذا هذا.

ولنا: أن ما ثبت له حق الرد وجد في أحدهما فكان له أن يرد أحدهما، وهذا لأن حق الرد إنما يثبت لفوات السلامة المشروطة في العقد دلالة والثابتة مقتضى العقد على ما بينا، والسلامة فاتت في أحدهما فكان له رده خاصة فلو امتنع الرد إنما يمتنع لتضمنه تفريق الصفقة وتفريق الصفقة باطل قبل التمام لا بعده والصفقة قد تمت بقبضهما فزال المانع.

وأما قولهما: يتضرر البائع برد الرديء خاصة فنعم لكن هذا ضرر مرضي به من جهته، لأن إقدامه على بيع المعيب وتدليس العيب مع علمه أن الظاهر من حال المشتري أنه لا يرضى بالعيب دلالة الرضى بالرد بخلاف ما قبل القبض لأنه لا تمام للعقد قبل القبض فلا يكون قبل القبض دلالة الرضا بالرد فكان الرد ضرراً/ غير مرضي به فيجب دفعه، وهذا بخلاف خيار الشرط وخيار الرؤية أن المشتري لا يملك رد البعض [أ/١٧٧م] دون البعض سواء قبض الكل أو لم يقبض شيئاً أو قبض البعض دون البعض، وسواء كان المعقود عليه شيئاً واحداً أو أشياء، لأن خيار الشرط والرؤية يمنع تمام الصفقة بدليل أنه يرده بغير قضاء ولا رضا سواء كان قبل القبض أو بعده.

ولو تمت الصفقة لما احتمل الرد إلا بقضاء القاضي أو التراضي، دل أن هذا الخيار يمنع تمام الصفقة، ولا يجوز تفريق الصفقة قبل التمام وههنا بخلافه ولو قال المشتري: أنا أمسك المعيب وآخذ النقصان ليس له ذلك، لأن قوله: أمسك المعيب دلالة الرضا بالمعيب وأنه يمنع الرجوع بالنقصان.

وكذلك لو كان المبيع أشياء فوجد بالكل عيباً فأراد رد البعض دون البعض أن المردود إن كان مما لو كان العيب به وحده لكان له رده وحده كالعبدين والثوبين فله ذلك، لأنه إذا أمسك البعض فقد رضي بعيبه فبطل حق الرد فيه لأنه تبين أن صفة السلامة لم تكن مشروطة ولا مستحقة بالعقد فيه فصار كأنه كان صحيحاً في الأصل ووجد بالآخر عيباً فيرده، وإن كان المردود مما لو كان العيب به وحده لكان لا يرده كالخفين والنعلين ونحوهما ليس له ذلك لما ذكرنا أن التفريق بينهما تعييب.

ولو اشترى عبدين فوجد بأحدهما عيباً قبل القبض فقبض المعيب وهو عالم بالعيب لم يكن له أن يرد وسقط خياره ولزمه العبدان لأن قبض المعيب مع العلم بالعيب دليل الرضا وللقبض شبه بالعقد فكان الرضا به عند القبض كالرضا به عند العقد.

ولو رضي به عند العقد يسقط خياره فلزماه جميعاً كذا هذا، ولو قبض الصحيح منهما، ولو كانا معيبين فقبض أحدهما لم يسقط خياره لأنه قبض بعض المعقود عليه والصفقة لا تتم بقبض بعض المعقود عليه وإنما تتم بقبض الكل فلو لزمه العقد/ في المقبوض دون الآخر لتفرقت الصفقة على البائع قبل التمام وتفريق [ب/١٧٧م] الصفقة قبل التمام باطل ولا يمكن إسقاط حقه عن غير المقبوض لأنه لم يرض به فبقي له الخيار على ما كان والله عز وجل أعلم.

وأما الاستحقاق فإن استحق بعض المعقود عليه قبل القبض ولم يجز المستحق بطل العقد في القدر المستحق، لأنه تبين أن ذلك القدر لم يكن ملك البائع ولم توجد الإجازة من المالك فبطل وللمشتري الخيار في الباقي إن شاء رضي به بحصته من الثمن وإن شاء ردهُ سواء كان استحقاق ما استحقه يوجب العيب في الباقي أو لا يوجب، لأنه إذا لم يرض المستحق فقد تفرقت الصفقة على المشتري قبل التمام فصار كعيب ظهر بالسلعة قبل القبض وذلك يوجب الخيار فكذا هذا.

وإن كان الاستحقاق بعد قبض البعض دون البعض، فكذلك الجواب سواء ورد الاستحقاق على المقبوض وعلى غير المقبوض، فإن كان قبض الكل ثم استحق بعضه بطل البيع في القدر المستحق لما قلنا.

ثم ينظر إن كان استحقاق ما استحق يوجب العيب في الباقي بأن كان المعقود عليه شيئاً واحداً حقيقة وتقديراً كالدار والكرم والأرض والعبد ونحوها فالمشتري بالخيار في الباقي إن شاء رضي به بحصته من الثمن وإن شاء رد، لأن الشركة في الأعيان عيب.

وكذلك إن كان المعقود عليه شيئين من حيث الصورة شيئاً واحداً من حيث المعنى فاستحق أحدهما فله الخيار في الباقي، وإن كان استحقاق ما استحق لا يوجب العيب في الباقي بأن كان المعقود عليه شيئين صورة ومعنى كالعبدين فاستحق أحدهما أو كان صبرة حنطة أو جملة وزنِ فاستحق بعضه فإنه يلزم المشتري الباقي بحصته من الثمن، لأنه لا ضرر في تبعيضه فلم يكن له خيار الرد، والله عز وجل أعلم.

وأما بيان ما يمنع الرجوع بنقصان العيب وما لا يمنع فالكلام في حق الرجوع بالنقصان في موضعين:

أحدهما: في بيان شرائط ثبوت حق الرجوع.

والثاني: في بيان ما يبطل به هذا الحق بعد ثبوته وما لا يبطل.

أما الشرائط: فمنها/ امتناع الرد وتعذره فلا يثبت مع إمكان الرد حتى لو وجد به عيباً ثم أراد المشتري [أ/١٧٨م] أن يمسك المبيع مع إمكان رده على البائع ويرجع بالنقصان ليس له ذلك، لأن حق الرجوع بالنقصان كالخلف عن الرد والقدرة على الأصل تمنع المصير إلى الخلف، ولأن إمساك المبيع المعيب مع علمه بالعيب دلالة الرضا بالعيب والرضا بالعيب يمنع الرجوع بالنقصان كما يمنع الرد.

ومنها أن يكون امتناع الرد لا من قبل المشتري، فإن كان من قبله لا يرجع بالنقصان، لأنه يصير حابساً المبيع بفعله ممسكاً عن الرد، وهذا يوجب بطلان الحق أصلاً ورأساً.

وعلى هذا يخرج ما إذا هلك المبيع أو انتقص بآفة سماوية أو بفعل المشتري ثم علم أنه يرجع بالنقصان، لأن امتناع الرد في الهلاك لضرورة فوات المحل وفي النقصان لأمر يرجع إلى البائع وهو دفع ضرر زائد يلحقه بالرد.

ألا ترى أن للبائع أن يقول: أنا أقبله مع النقصان فأدفع إليك جميع الثمن وإذا كان امتناع الرد لأمر يرجع إليه وهو لزوم الضرر إياه بالرد، فإذا دفع الضرر عنه بامتناع الرد لا بد من دفع الضرر عن المشتري بالرجوع بالنقصان، وسواء كان النقصان يرجع إلى الذات بفوات جزء من العين أو لا يرجع إليه كما إذا كان المبيع جارية ثيباً فوطئها المشتري أو قبلها بشهوة ثم علم بالعيب لأن الرد امتنع لا من قبل المشتري بل من قبل البائع.

ألا ترى أن له أن يقبلها موطوءة، ولو كان لها زوج عند البائع فوطئها زوجها في يد المشتري، فإن كان زوجها قد وطئها في يد البائع لمْ يرجع بالنقصان لأن هذا الوطء لا يمنع الرد وإمكان الرد يمنع الرجوع بالنقصان، وإن كان لم يطأها عند البائع فوطئها عند المشتري، فإن كانت بكراً يرجع بالنقصان، لأن وطء البكر يمنع الرد بالعيب، لأنه يوجب نقصان العين بإزالة العذرة والامتناع ههنا ليس لمعنى من قبل المشتري

[ب/١٧٨/م] بل من قبل البائع فلا يمنع الرجوع بالنقصان، وإن كانت ثيباً لم يذكر في/ الأصل أنه يمنع الرد أم لا، وقيل: لا يمنع فلا يرجع بالنقصان مع إمكان الرد.

وكذا لو كان المبيع قائماً حقيقة هالكاً تقديراً بأن أعطي له حكم الهلاك كما إذا كان المبيع ثوباً فقطعه وخاطه أو حنطة فطحنها أو دقيقاً فخبزه أو لحماً فشواه فإنه يرجع بالنقصان لأن امتناع الرد في هذه المواضع من قبل البائع.

ولو حدث في المبيع أو بسببه زيادة مانعة من الرد كالولد والثمرة واللبن والأرش والعقر يرجع بالنقصان، لأن امتناع الرد ههنا لا من قبل المشتري بل من قبل الشرع لما ذكرنا فيما تقدم أنه لو رد الأصل بدون الزيادة لبقيت الزيادة مبيعاً مقصوداً بلا ثمن، وهذا تفسير الربا في متعارف الشرع وحرمة الربا تثبت حقاً للشرع، ولهذا لو تراضيا على الرد لا يُقْضَىٰ بالرد، لأن الحرمة الثابتة حقاً للشرع لا تسقط برضا العبد.

وإذا كان امتناع الرد لمعنى يرجع إلى الشرع لا إلى المشتري بقي حق المشتري في وصف السلامة واجب الرعاية فكان له أن يرجع بالنقصان جبراً لحقه ولو كان الزيادة المانعة سمناً أو عسلاً لته بسويق أو عصفراً أو زعفراناً صبغ به الثوب أو بناء على الأرض يرجع بالنقصان لأن التعذر ليس من قبل المشتري ولا من قبل البائع بل من قبل الشرع.

ألا ترى أنه ليس للبائع أن يقول أنا آخذه كذلك وتعذر الرد لحق الشرع لا يمنع الرجوع بالنقصان لما ذكرنا، ولو باعه المشتري أو وهبه ثم علم بالعيب لم يرجع بالنقصان، لأن امتناع الرد ههنا من قبل المشتري لأنه بالبيع صار ممسكاً عن الرد، لأن المشتري قام مقامه فصار مبطلاً للرد الذي هو الحق فلا يرجع بشيء.

وكذلك لو كاتبه لأنها توجب صيرورة العبد حراً يداً فصار بالكتابة ممسكاً عن الرد فأشبه البيع، وكذلك لو أعتقه على مال ثم وجد به عيباً، لأن الإعتاق على مال في حق المعتق في معنى البيع لأنه أخذ العوض [١٧٩/أ/م] بمقابلته والبيع يمنع الرجوع/ بالنقصان. كذا هذا.

وروي عن أبي يوسف رحمه الله: أنه لا يمنع، ولو أعتقه على غير مال ثم وجد به عيباً فالقياس أن لا يرجع، وهو قول الشافعي رحمه الله، وفي الاستحسان يرجع.

وجه القياس: أن الرد امتنع بفعله وهو الإعتاق فأشبه البيع أو الكتابة. وجه الاستحسان أن تعذر الرد ههنا ليس من قبل المشتري لأن الإعتاق ليس بإزالة الملك بل الملك ينتهي بالإعتاق، وهذا لأن الأصل في الآدمي عدم الملك والمالية، إذ الأصل فيه أن يكون حراً لأن الناس كلهم أولاد آدم وحواء عليهما الصلاة والسلام والمتولد من الحرين يكون حراً إلا أن الشرع ضرب الملك والمالية عليه بعارض الكفر مؤقتاً إلى غاية الإعتاق، والمؤقت إلى غاية ينتهي عند وجود الغاية فينتهي الملك والمالية عند الإعتاق فصار كما لو انتهى بالموت، وبه تبين أن الإعتاق ليس بحبس بخلاف البيع، لأنه ما أخذ العوض فقد أقام المشتري مقام نفسه فكأنه استبقاه على ملكه فصار حابساً إياه بفعله ممسكاً عن الرد فلم يرجع بالنقصان.

وكذلك لو دبره أو استولده ثم وجد به عيباً يرجع بالنقصان، لأن الرد لم يمتنع من قِبل المشتري بل من قبل الشرع. ولو قتله المشتري لم يرجع بالنقصان في ظاهر الرواية.

وروي عن أبي يوسف: أنه يرجع لأن المقتول ميت بأجله فتنتهي حياته عند القتل كما تنتهي عند الموت فصار كما لو مات حتف أنفه، وهناك يرجع بالنقصان. كذا ههنا.

وجه ظاهر الرواية: أن فوات الحياة إن لم يكن أثر فعل القاتل حقيقة فهو أثر فعله عادة فجعل في حق القاتل كأنه تفويت الحياة حقيقة وإزالتها، وإن كان انتهاء حقيقة كالإعتاق على مال إنه ألحق بالبيع في حق المعتق، وإن لم يكن كذلك في حق العبد فصار حابساً للعبد بصنعه ممسكاً.

ولو كان المبيع طعاماً فأكله المشتري أو ثوباً فلبسه حتى تخرق لم يرجع بالنقصان في قول أبي حنيفة/ [ب/١٧٩/م] وعند أبي يوسف ومحمد يرجع. وجه قولهما أن أكل الطعام ولبس الثوب استعمال الشيء فيما وضع له وإنه انتفاع لا إتلاف، بخلاف القتل فإنه إزالة الحياة في حق القاتل فكان حبساً وإمساكاً.

وجه قول أبي حنيفة عليه الرحمة: أن المشتري بأكلِ الطعام ولبس الثوب أخرجهما عن ملكه حقيقة، إذ الملك فيهما ثبت مطلقاً لا مؤقتاً، بخلاف العبد فأشبه القتل. ولو استهلك الطعام أو الثوب بسبب آخر وراء الأكل واللبس ثم وجد به عيباً لم يرجع بالنقصان بلا خلاف لأن استهلاكهما في غير ذلك الوجه إبطال محض فيشبه القتل.

ولو أكل بعض الطعام ثم وجد به عيباً ليس له أن يرد الباقي ولا أن يرجع بالنقصان عند أبي حنيفة لأن الطعام كله شيء واحد بمنزلة العبد وقد امتنع رد بعضه بمعنى من قبل المشتري فيبطل حقه أصلاً في الرد والرجوع، كما لو باع بعض الطعام دون بعض.

وروي عن أبي يوسف أنه قال: يرد الباقي ويرجع بأرش الكل المأكول والباقي إلا إذا رضي البائع أن يأخذ الباقي بحصته من الثمن. وروي عن محمد أنه قال يرد الباقي ويرجع بنقصان العيب فيما أكل، لأنه ليس في تبعيض الطعام ضرر فيمكن رد البعض فيه دون البعض، وليس للبائع أن يمتنع عن ذلك، وبه كان يفتي الفقيه أبو جعفر، وهو اختيار الفقيه أبي الليث. ولو باع بعض الطعام دون البعض لم يرد الباقي ولا يرجع بالنقصان عند أصحابنا الثلاثة، وعند زفر يرد الباقي ويرجع بنقصان العيب إلا إذا رضي البائع أن يأخذ الباقي بحصته من الثمن. وجه قول زفر أن امتناع الرد والرجوع بالنقصان لأجل البيع، وأنه وجد في البعض دون البعض، فيمتنع في البعض دون البعض لأن الأصل أن يكون الامتناع بقدر المانع.

ولنا: ما ذكرنا أن الطعام كله شيء واحد كالعبد فالامتناع في البعض لمعنى من قبل المشتري/ يوجب [أ/١٨٠/م] الامتناع في الكل. ولو كان المبيع داراً فبناها مسجداً ثم اطلع على عيب لم يرجع بالنقصان، لأنه لما بناها مسجداً فقد أخرجها عن ملكه فصار كما لو باعها. ولو اشترى ثوباً وكفن به ميتاً ثم اطلع على عيب به فإن كان المشتري وارث الميت وقد اشترى من التركة يرجع بالنقصان لأن الملك في الكفن لم يثبت للمشتري وإنما يثبت للميت، لأن الكفن من الحوائج الأصلية للميت وقد امتنع رده بالعيب لا من قبل المشتري فكان له أن يرجع بالنقصان، وإن كان المشتري أجنبياً فتبرع بالكفن لم يرجع بالنقصان، لأن الملك في المُشْتَرَىٰ وقع له فإذا كفن به فقد أخرجه عن ملكه بالتكفين فأشبه البيع، والله عز وجل أعلم.

ومنها: عدم وصول عوض المبيع إلى المشتري مع تعذر الرد في ظاهر الرواية فإن وصل إليه عوضه بأن

قتله أجنبي في يده خطأ لا يرجع بالنقصان وإن تعذر رده على البائع.

وروي عن أبي يوسف ومحمد: أنه يرجع بالنقصان لأنه لم يصل إليه حقيقة العيب وإنما وصل إليه قيمة المعيب فكان له أن يرجع بمقدار العيب، والصحيح جواب ظاهر الرواية لأنه لما وصل إليه قيمته قامت القيمة مقام العين فكأنها قائمة في يده لما وصل إليه عوضه فصار كأنه باعه. ولو باعه المشتري ثم اطلع على عيب به لم يرجع بالنقصان. كذا هذا.

ومنها: عدم الرضا بالعيب صريحاً ودلالة، وهي أن يتصرف في المبيع بعد العلم بالعيب تصرفاً يدل على الرضا بالعيب، فإن ذلك يمنع ثبوت حق الرد والرجوع جميعاً، وقد ذكرنا التصرفات التي هي دليل الرضا بالعيب بعد العلم بالعيب فيما تقدم.

ولو لم يعلم بالعيب حتى تصرف فيه تصرفاً يمنع الرد ثم علم، فإن كان التصرف مما لا يخرج السلعة عن ملكه يرجع بالنقصان إلا الكتابة لانعدام دلالة الرضا، وفي الكتابة يرجع لأنها في معنى البيع على ما مر، وإن كان التصرف مما يخرج السلعة عن ملكه كالبيع ونحوه لا يرجع بالنقصان/ [ب/١٨٠م] إلا الإعتاق لا على مال استحساناً على ما ذكرنا فيما تقدم. وأما بيان ما يبطل به حق الرجوع بعد ثبوته وما لا يبطل، فحق الرجوع يبطل بصريح الإبطال وما يجري مجرى الصريح، نحو قوله أبطلته أو أسقطته أو أبرأتك عنه وما يجري هذا المجرى، لأن خيار الرجوع حقه كخيار الرد لثبوته بالشرط وهي السلامة المشروطة في العقد دلالة بخلاف خيار الرؤية والإنسان بسبيل من التصرف في حقه استيفاء وإسقاطاً، ويسقط أيضاً بالرضا بالعيب وهو نوعان: صريح وما يجري مجرى الصريح ودلالة، فالصريح هو أن يقول رضيت بالعيب الذي به أو اخترت أو أجزت البيع وما يجري مجراه، والدلالة هي أن يتصرف في المبيع بعد العلم بالعيب تصرفاً يدل على الرضا بالعيب، كما إذا انتقص المبيع في يد المشتري وامتنع الرد بسبب النقصان ووجب الأرش ثم تصرف فيه تصرفاً أخرجه عن ملكه بأن باعه أو وهب وسلم أو أعتق أو دبر أو استولد مع العلم بالعيب لأن التصرف المخرج عن الملك مع العلم بالعيب دلالة الإمساك عن الرد، وذا دليل الرضا بالعيب فيبطل حق الرجوع.

ولو امتنع الرد بسبب الزيادة المنفصلة المتولدة من الأصل كالولد وغيره أو الحاصلة بسبب الأصل غير المتولدة منه كالأرش والعقر، والزيادة المتصلة غير المتولدة كالصبغ ونحو ذلك ثم تصرف تصرفاً أخرجه عن ملكه لا يبطل حق الرجوع بالإرش، بل يبقي الأرش على حاله لأن التصرف في هذه الصورة لم يقع دلالة على الإمساك عن الرد لأن امتناع الرد كان ثابتاً قبله، ألا ترى أنه ليس للبائع خيار الاسترداد بأن يقول أنا أقبله كذلك مع العيب وأرد إليك جميع الثمن، وإذا كان الرد ممتنعاً قبل التصرف لم يكن هو بالتصرف ممسكاً عن الرد [أ/١٨١م] فلا يكون دليل الرضا فبقي الأرش واجباً كما كان بخلاف الفصل الأول، لأن هناك لم يكن الرد ممتنعاً/ حتماً.

ألا ترى أن للبائع أن يقبله ناقصاً مع العيب فكان المشتري بتصرفه مفوتاً على نفسه حق الرد فكان حابساً للمبيع بفعله ممسكاً إياه عن الرد وإنه دليل الرضا بالعيب فيبطل الرجوع، فصار الأصل في هذا الباب أن وجوب الأرش إذا لم يكن ثابتاً على سبيل الحتم والإلزام، بل كان خيار الاسترداد للبائع مع العيب

فتصرف المشتري بعد ذلك تصرفاً مخرجاً عن الملك يوجب بطلان الإرش، وإن كان وجوبه ثابتاً حتماً بأن لم يكن للبائع خيار الاسترداد فتصرف المشتري لا يبطل الأرش.

وجه الفرق بين الفصلين على نحو ما بينا والله عز وجل أعلم، وأما بيان طريق معرفة نقصان العيب نطريقه أن تقوم السلعة وليس بها ذلك العيب وتقوم بها ذلك فينظر إلى نقصان ما بين القيمتين فيرجع على بائعه بقدر ما نقصه العيب من حصته من الثمن إن كانت قيمته مثل ثمنه.

وإن اختلفا فإن كان النقصان قدر عشر القيمة يرجع على بائعه بعشر الثمن وإن كان قدر خمسها يرجع بخمس الثمن. مثاله إذا اشترى ثوباً قيمته عشرة بعشرة فاطلع على عيب به ينقصه عشر قيمته وهو درهم يرجع على بائعه بعشر الثمن وهو درهم.

ولو اشترى ثوباً قيمته عشرون بعشرة فاطلع على عيب به ينقصه عشر القيمة وذلك درهمان فإنه يرجع على البائع بعشر الثمن وذلك درهم واحد، ولو كانت قيمته عشرة وقد اشتراه بعشرين والعيب ينقصه عشر القيمة وذلك درهم واحد يرجع على بائعه بعشر الثمن وذلك درهمان على هذا القياس فافهم والله أعلم.

وأما الخيار الثابت شرعاً لا شرطاً فهو خيار الرؤية، والكلام فيه في مواضع في بيان شرعية البيع الذي فيه خيار الرؤية، وفي بيان صفته، وفي بيان حكمه وفي بيان شرائط ثبوت الخيار، وفي بيان وقت ثبوته، وفي بيان كيفية ثبوته وفي/ بيان ما يسقط به الخيار بعد ثبوته ويلزم البيع وما لا يسقط ولا يلزم، أما الكلام في [ب/١٨١/م] شرعيته فقد مر في موضعه، وأما صفته فهي أن شراء ما لم يره المشتري غير لازم، لأن عدم الرؤية يمنع تمام الصفقة لما روي عن رسول الله ﷺ أنه قال: «**مَنِ اشترى شيئاً لَمْ يَرَهُ فَهو بِالخِيَارِ إذا رَآهُ**»[1] ولأن جهالة الوصف تؤثر في الرضا فتوجب خللاً فيه واختلال الرضا في البيع يوجب الخيار، ولأن من الجائز اعتراض الندم لما عسى لا يصلح له إذا رآه فيحتاج إلى التدارك فيثبت الخيار لإمكان التدارك عند الندم نظراً له كما ثبت خيار الرجعة شرعاً نظراً للزوج تمكيناً له من التدارك عند الندم كما قال تبارك وتعالى: ﴿**لا تدري لعلَّ اللَّهَ يحدثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْراً**﴾[2].

وأما بيع ما لم يره البائع فهل يلزم روي عن أبي حنيفة رحمه الله أنه كان يقول أولاً لا يلزم ويثبت له الخيار ثم رجع وقال يلزم ولا يثبت له الخيار.

وجه قوله الأول أن ما ثبت له في شراء ما لم يره المشتري وهو ما ذكرنا من المعاني موجود في بيع ما لم يره البائع فورود الشرع بالخيار ثمة يكون وروداً ههنا دلالة.

وجه قوله الآخر: ما روي «**أن سيدنا عثمان بن عفان رضي الله عنهما باع أرضاً له من طلحة بن عبد الله**

---

(١) أخرجه الدارقطني في «سننه» في البيوع (٣/٨) وفي «سنده» عمر الكردي: يضع الأحاديث وهذا باطل لا يصح، لم يروه غيره، وإنما يروى عن ابن سيرين من قوله.
وأخرجه مرسلاً: الدارقطني في «سننه» (٣/٨) في البيوع والبيهقي في «السنن الكبرى» عن مكحول رضي الله عنه رفعه قال الدارقطني: هذا مرسل، وأبو بكر بن أبي مريم ضعيف. انظر «نصب الراية» (٤/٩).

(٢) سورة الطلاق، الآية: (١).

رضي الله عنهما ولم يكونا رأياها فقيل لسيدنا عثمان رضي الله عنه غبنت فقال: لي الخيار لأني بعت ما لم أره، وقيل: لطلحة مثل ذلك فقال لي الخيار لأني اشتريت ما لم أره فحكما في ذلك جبير بن مطعم فقضى بالخيار لطلحة رضي الله عنه»[1] وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم ولم ينكر عليه أحد منهم فكان إجماعاً منهم على ذلك والاعتبار بجانب المشتري ليس بسديد، لأن مشتري ما لم يره مشترٍ على أنه خير مما ظنه فيكون بمنزلة مشتري شيء على أنه جيد فإذا هو رديء.

ومن اشترى شيئاً على أنه جيد فإذا هو رديء فله الخيار وبائع شيء لم يره يبيع على أنه أدون مما ظنه فكان بمنزلة بائع شيء على أنه رديء فإذا هو جيد ومن باع شيئاً/ [أ/١٨٢/م] على أنه رديء فإذا هو جيد لا خيار للبائع فلهذا افترقا.

وأما حكمه فحكم المبيع الذي لا خيار فيه وهو ثبوت الحل للمشتري في المبيع وثبوت الملك للبائع في الثمن للحال لأن ركن البيع صدر مطلقاً عن شرط كان ينبغي أن يلزم إلا أنه ثبت الخيار شرعاً لا شرطاً بخلاف البيع بشرط الخيار لأن الخيار ثبت بنص كلام العاقدين فأثر في الركن بالمنع من الانعقاد في حق الحكم على ما مر والله عز وجل أعلم.

وأما شرائط ثبوت الخيار، فمنها أن يكون المبيع مما يتعين بالتعيين، فإن كان مما لا يتعين بالتعيين لا يثبت فيه الخيار حتى إنهما لو تبايعا عيناً بعين يثبت الخيار لكل واحد منهما.

ولو تبايعا ديناً بدين لا يثبت الخيار لواحد منهما، ولو اشترى عيناً بدين فللمشتري الخيار ولا خيار للبائع وإنما كان كذلك، لأن المبيع إذا كان مما لا يتعين بالتعيين لا ينفسخ العقد برده لأنه إذا لم يتعين للعقد لا يتعين للفسخ فيبقى العقد وقيام العقد يقتضي ثبوت حق المطالبة بمثله، فإذا قبض يرده هكذا إلى ما لا نهاية له فلم يكن الرد مفيداً بخلاف ما إذا كان عيناً لأن العقد ينفسخ برده لأنه يتعين بالعقد فيتعين في الفسخ أيضاً فكان الرد مفيداً، ولأن الفسخ إنما يرد على المملوك بالعقد وما لا يتعين بالتعيين لا يملك بالعقد وإنما يملك بالقبض فلا يرد عليه الفسخ، ولهذا يثبت خيار الرؤية في الإجارة والصلح عن دعوى المال والقسمة ونحو ذلك، لأن هذه العقود تنفسخ برد هذه الأشياء فيثبت فيها خيار الرؤية، ولا يثبت في المهر وبدل الخلع والصلح عن دم العمد ونحو ذلك، لأن هذه العقود لا تحتمل الانفساخ برد هذه الأموال فصار الأصل أن كل ما ينفسخ العقد فيه برده يثبت فيه خيار الرؤية وما لا فلا والفقه ما ذكرنا والله عز وجل أعلم.

ومنها: عدم الرؤية فإن اشتراه وهو يراه فلا خيار له لأن الأصل هو لزوم العقد وانبرامه، لأن/ [ب/١٢/م] ركن العقد وجد مطلقاً عن شرط إلا أنا عرفنا ثبوت الخيار شرعاً بالنص والنص ورد بالخيار فيما لم يره المشتري لقوله عليه الصلاة والسلام: «مَنِ اشترى شيئاً لَمْ يَرَهُ فَهو بالخيارِ إِذَا رَآه»[2] فبقي الخيار عند الرؤية مبقياً على الأصل.

---

(١) أخرجه الطحاوي في «شرح معاني الآثار» باب تلقي الحلي (٢/ ٢٠١).
والبيهقي في «السنن الكبرى» (٥/ ٢٦٨) في البيوع، باب من قال: يجوز بيع العين الغائبة.

(٢) تقدم تخريجه.

وإن كان المشتري لم يره وقت الشراء ولكن كان قد رآه قبل ذلك نظر في ذلك إن كان المبيع وقت الشراء على حاله التي كان عليها لم تتغير فلا خيار له، لأن الخيار ثبت معدولاً به عن الأصل بالنص الوارد في شراء ما لم يره، وهذا قد اشترى شيئاً قد رآه فلا يثبت له الخيار، وإن كان قد تغير عن حاله فله الخيار لأنه إذا تغير عن حاله فقد صار شيئاً آخر فكان مشترياً شيئاً لم يره فله الخيار إذا رآه.

ولو اختلفا في التغير وعدمه، فقال البائع لم يتغير، وقال المشتري قد تغير فالقول قول البائع، لأن الأصل عدم التغير والتغير عارض فكان البائع متمسكاً بالأصل، والمشتري مدعياً أمراً عارضاً فكان القول قول البائع لكن مع يمينه لأن حق الرد أمر يجري فيه البدل، والإقرار فيجري فيه الاستحلاف، ولأن المشتري بدعوى التغير يدعي حق الرد والبائع ينكر فكان القول قول المنكر.

ولو اختلفا فقال البائع للمشتري رأيته وقت الشراء، وقال المشتري لم أره فالقول قول المشتري لأن عدم الرؤية أصل والرؤية عارض فكان الظاهر شاهداً للمشتري فكان القول قوله مع يمينه. ولأن البائع بدعوى الرؤية يدعي عليه إلزام العقد والمشتري ينكر فكان القول قوله.

ولو أراد المشتري الرد فاختلفا فقال البائع ليس هذا الذي بعتك، وقال المشتري هو ذاك بعينه فالقول قوله أنه بعينه، وكذلك هذا في خيار الشرط بخلاف خيار العيب فإن القول قول البائع.

ووجه الفرق: أن المشتري في خيار الرؤية والشرط بقوله هذا مالك لا يدعي ثبوت حق الـ[illegible] عليه، لأن حق الرد ثابت له حتى يرد عليه من غير قضاء ولا رضا ولكنه/ يدعي أن هذا الذي قبضه منه فكـ[illegible] اختلافهما [أ/١٨٣م] في الحقيقة راجعاً إلى المقبوض والاختلاف متى وقع في تعيين نفس المقبوض، فإن القول فيه قـ[illegible] القابض.

وإن كان قبضه بغير حق كقبض الغصب ففي القبض الحق أولى بخلاف العيب لأن المشـ[illegible]ي لا ينفرد بالرد في خيار العيب، ألا ترى أنه لا يملك الرد إلا بقضاء القاضي أو التراضي فكان هو بقو[illegible] هذا مالك بعينه مدعياً حق الرد في هذا المعين والبائع ينكر ثبوت حق الرد فيه فكان القول قوله.

هذا إذا كان المشتري بصيراً، فأما إذا كان أعمى فشرط ثبوت الخيار له عدم الجس فيما يـ[illegible]ـس والذوق فيما يذاق والشم فيما يشم والوصف فيما يوصف وقت الشراء، لأن هذه الأشياء في حقه بمـ[illegible] الرؤية في حق البصير فكان انعدامها شرطاً لثبوت الخيار له، فإن وجد شيء منه وقت الشراء فاشتراه فلا خـ[illegible]ـر له. وكذا إذا وجدت قبل القبض ثم قبض فلا خيار له لأن وجود شيء من ذلك عند القبض في حقه بمنز[illegible] وجوده عند العقد، كالرؤية في حق البصير بأن رآه قبل القبض ثم قبضه، لأن كل ذلك دلالة الرضا بلزوم [illegible]ـقد على ما نذكره إن شاء الله تعالى.

هذا الذي ذكرنا إذا رأى المشتري كل المبيع وقت الشراء. فأما إذا رأى بعضه دون ا[illegible]ـس فجملة الكلام في جنس هذه المسائل أن المبيع لا يخلو اما أن يكون شيئاً واحداً وإما أن يكون أشياء، [illegible] كان شيئاً واحداً فرأى بعضه لا يخلـ[illegible] إما إن كان ما رآه منه [illegible]ـقصوداً بنفسه وما لم يره منه تبعاً. وإما إن [illegible] كل واحد منهما مقصوداً بنفسه، فإن كان ما لم يره تبعاً لما ر[illegible] [illegible]ـلا خيار له، سواء كان رؤية ما رآه تفيد لـ[illegible] [illegible]ـلم بحال ما لم يره أو لا تفيد، لأن حكم التبع حكم الأصل فكـ[illegible] رؤية الأصل رؤية التبع، وإن كان مقصود[illegible] [illegible]ـسه ينظر

[ب/١٨٣/م] في ذلك إن كان رؤية ما رأى تفيد له العلم بحال ما لم يره فلا خيار له لأن المقصود العلم بحال الباقي/ فكأنه رأى الكل، وإن كان لا يفيد له العلم بحال الباقي فله الخيار لأن المقصود لم يحصل برؤية ما رأى فكأنه لم ير شيئاً منه أصلاً. فعلى هذا الأصل تخرج المسائل.

إذا اشترى عبداً أو جارية فرأى وجهه دون سائر أعضائه لا خيار له، وإن كانت رؤية الوجه لا تغير له العلم بما وراءه لأن الوجه أصل في الرؤية في بني آدم وسائر الأعضاء تبع له فيها.

ولو رأى سائر أعضائه دون الوجه فله الخيار لأن رؤية التبع لا تكون رؤية الأصل فكأنه لم ير شيئاً منه.

ولو اشترى فرساً أو بغلاً أو حماراً أو نحو ذلك فرأى وجهه لا غير روى ابن سماعة عن محمد أنه يسقط خياره وسوى بينه وبين الرقيق.

وروي عن أبي يوسف أن له الخيار ما لم ير وجهه ومؤخره وهو الصحيح، لأن الوجه والكفل كل واحد منهما عضو مقصود في الرؤية في هذا الجنس فما لم يرهما فهو على خياره.

وإن اشترى شاة فإن كانت نعجة حلوباً اشتراها للقنية، أو اشترى بقرة حلوباً أو ناقة حلوباً اشتراها للقنية لا بد من النظر إلى ضرعها، وإن اشترى شاة للحم لا بد من الجس حتى لو رآها من بعيد فهو على خياره، لأن اللحم مقصود من شاة اللحم والضرع مقصود من الحلوب والرؤية من بعيد لا تفيد العلم بهذين المقصودين والله عز وجل أعلم.

وأما البسط فإن كان مما يختلف وجهه وظهره فرأى وجهه دون ظهره كالمغافر ونحوها لا خيار له، وإن رأى الظهر دون الوجه فله الخيار كذا روى الحسن عن أبي حنيفة.

ولو اشترى ثوباً واحداً فرأى ظاهره مطوياً ولم ينشره، فإن كان ساذجاً ليس بمنقش ولا بذي علم فلا خيار له، لأن رؤية ظاهره مطوياً تفيد العلم بالباقي، وإن كان منقشاً فهو على خياره ما لم ينشره ويرى نقشه لأن النقش في الثوب المنقش مقصود، وإن لم يكن منقشاً ولكنه ذو علم فرأى علمه فلا خيار له، وإن لم ير [أ/١٨٤/م] كله، ولو رأى كله إلا علمه فله الخيار لأن العلم/ في الثوب المعلم مقصود كالنقش في المنقش.

ولو اشترى داراً فرأى خارجها أو بستاناً فرأى خارجه ورؤوس الأشجار فلا خيار له كذا ذكر في ظاهر الرواية، لأن الدار شيء واحد، وكذا البستان فكان رؤية البعض رؤية الكل إلا أن مشايخنا قالوا إن هذا مؤول وتأويله أن لا يكون في داخل الدار بيوت وأبنية فيحصل المقصود برؤية الخارج، فأما إذا كان داخلها أبنية فله الخيار ما لم ير داخلها، لأن الداخل هو المقصود من الدار والخارج كالتابع له بمنزلة الثوب المعلم إذا رأى كله إلا علمه كان له الخيار لأن العلم هو المقصود منه.

وذكر الكرخي أن أبا حنيفة عليه الرحمة أجاب على عادة أهل الكوفة في زمنه فإن دورهم في زمنه كانت لا تختلف في البناء وكانت على تقطيع واحد وهيئة واحدة وإنما كانت تختلف في الصغر والكبر والعلم به يحصل برؤية الخارج وأما الآن فلا بد من رؤية داخل الدار وهو الصحيح لاختلاف الأبنية في داخل الدور في زماننا اختلافاً فاحشاً فرؤية الخارج لا تفيد العلم بالداخل، والله عز وجل أعلم.

هذا إذا كان المشترى شيئاً واحداً فرأى بعضه، فأما إن كان أشياء فرأى وقت الشراء بعضها دون البعض فلا يخلو: إما إن كان من المكيلات أو الموزونات فرأى بعضها وقت الشراء، فإن كان في وعاء واحد فلا خيار له، لأن رؤية البعض فيها تفيد العلم بالباقي فكان رؤية البعض كرؤية الكل إلا إذا وجد الباقي بخلاف ما رآى فيثبت له الخيار لكن خيار العيب لا خيار الرؤية وإن كان في وعاءين، فإن كان الكل من جنس واحد وعلى صفة واحدة اختلف المشايخ فيه.

قال مشايخ بلخ: له الخيار، لأن اختلاف الوعاءين جعلهما كجنسين، وقال مشايخ العراق لا خيار له وهو الصحيح، لأن رؤية البعض من هذا الجنس/ تفيد العلم بالباقي سواء كان في وعاء واحد أو في وعاءين [ب/١٨٤/م] بعد أن كان الكل من جنس واحد وعلى صفة واحدة، فإن كان من جنسين أو من جنس واحد على صفتين فله الخيار بلا خلاف، لأن رؤية البعض من جنس وعلى وصف لا تفيد العلم بجنس آخر وعلى وصف آخر، وإن كان من العدديات المتفاوتة كالعبيد والدواب والثياب بأن اشترى جماعة عبيد أو جوارٍ أو إبل أو بقر أو قطيع غنم أو جراب هروي فرأى بعضها أو كلها إلا واحداً فله الخيار بين أن يرد الكل أو يمسك الكل، لأن رؤية البعض من هذا الجنس لا تفيد العلم بما وراءه فكأنه لم ير شيئاً منه بخلاف المكيل والموزون، لأن رؤية البعض منه تفيد العلم بالباقي.

ولو اشترى جماعة ثياب في جراب ورأى أطراف الكل أو طي الكل لا خيار له إلا إذا كانت معلمة أو منقشة، لأنها إذا لم تكن معلمة أو منقشة لم يكن البعض من كل واحد منها مقصوداً والبعض تبعاً، ورؤية البعض تفيد العلم بحال الباقي فكان رؤية البعض رؤية الكل كما إذا اشترى البطيخ في السريجة والرمان في القفة فرأى البعض فله الخيار، لأن البعض منها ليس تبعاً للبعض بل كل واحد منها مقصود بنفسه فرؤية البعض منها لا تفيد العلم بالباقي لكونها متفاوتة تفاوتاً فاحشاً فكان له الخيار.

وإن كان من العدديات المتقاربة كالجوز والبيض فرأى البعض منها، ذكر الكرخي أن له الخيار وألحقه بالعدديات المتفاوتة لاختلافها في الصغر والكبر كالبطيخ والرمان.

وذكر القاضي الإمام الإسبيجابي رحمه الله في «**شرحه مختصر الطحاوي**» أنه لا خيار له وهو الصحيح، لأن التفاوت بين صغير البيض والجوز وكبيرهما متقارب ملحق بالعدم عرفاً وعادة وشرعاً، ولهذا ألحق بالعدم في السلم حتى جاز السلم فيها/ عدداً عند أصحابنا الثلاثة خلافاً لزفر فكان رؤية بعضه معرفاً حال [أ/١٨٥/م] الباقي، ويحتمل أن يكون الجواب على ما ذكره الكرخي، ويفرق بين هذا وبين السلم وهو أن البيض والجوز مما يتفاوت في الصغر والكبر حقيقة.

والأصل في الحقائق اعتبارها إلا أن الشرع أهدر هذا التفاوت وألحقه بالعدم في السلم لحاجة الناس ولا حاجة إلى الإهدار في إسقاط الخيار فبقي التفاوت فيه معتبراً فرؤية البعض لا تحصل المقصود وهو العلم بحال الباقي فبقي الخيار والله عز وجل أعلم.

ولو اشترى دهناً في قارورة فرأى خارج القارورة فعن محمد روايتان، روى ابن سماعة عنه: أنه لا خيار له، لأن الرؤية من الخارج تفيد العلم بالداخل فكأنه رآه وهو خارج، وروي عنه أن له الخيار لأن العلم

بما في داخل القارورة لا يحصل بالرؤية من خارج القارورة، لأن ما في الداخل يتلون بلون القارورة فلا يحصل المقصود من هذه الرؤية.

وقالوا: في المشتري إذا رأى المبيع في المرآة أن له الخيار، وكذا في الماء، وقالوا: لأنه لم ير عينه وإنما رأى مثاله.

والصحيح: أنه رأى عين المبيع لا أن غير المبيع في المرآة والماء بل يراه حيث هو لكن لا على الوجه المعتاد بخلق الله تعالى فيه الرؤية، وهذا ليس ببعيد، لأن المقابلة ليست من شرط الرؤية فإنا نرى الله تعالى عز شأنه بلا مقابلة ولكن قد لا يحصل له العلم بهيئته لتفاوت المرآة فيعلم بأصله لا بهيئته فلذلك يثبت له الخيار لا لما قالوا والله عز وجل أعلم على أن في العرف لا يشتري الإنسان شيئًا لم يره ليراه في المرآة أو في الماء ليحصل له العلم بهذا الطريق فلا تكون رؤيته في المرآة وإن رأى عينه مسقطة للخيار.

وعلى هذا قالوا فيمن رأى فرج أم امرأته في الماء أو في المرآة فنظر إليه بشهوة لا تثبت له حرمة المصاهرة، وكذا لا يصير مراجعاً للمرأة المطلقة طلاقاً رجعياً لما قلنا.

ولو اشترى سمكاً في دائرة يمكن أخذه من غير اصطياد وحيلة حتى جاز البيع فرآه في الماء ثم أخذه، [ب/١٨٥/م] قال بعضهم لا خيار له لأنه رأى عين السمك في الماء، وقال بعضهم/ له الخيار، لأن ما رآه كما هو لأن الشيء لا يرى في الماء كما هو بل يرى أكثر مما هو فلم يحصل المقصود بهذه الرؤية وهو معرفته كما هو فله الخيار.

وأما بيان وقت ثبوت الخيار فوقت ثبوت الخيار هو وقت الرؤية لا قبلها حتى لو أجاز قبل الرؤية ورضي به صريحاً بأن قال أجزت أو رضيت أو ما يجري هذا المجرى ثم رآه له أن يرده لما روي عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه أثبت الخيار للمشتري بعد الرؤية، فلو ثبت له خيار الإجازة قبل الرؤية وأجاز لم يثبت له الخيار بعد الرؤية، وهذا خلاف النص، ولأن المعقود عليه قبل الرؤية مجهول الوصف، والرضا بالشيء قبل العلم بـه والعلم بوجود سببه محال فكان ملحقاً بالعدم.

وأما الفسخ قبل الرؤية فقد اختلف المشايخ فيه، قال بعضهم لا يجوز لأنه لا خيار قبل الرؤية ولهذا لم تجز الإجازة فلا يجوز الفسخ، وقال بعضهم يجوز وهو الصحيح، لأن هذا عقد غير لازم فكان محل الفسخ كالعقد الذي فيه خيار العيب وعقد الإعارة والإيداع، وقد خرج الجواب عن قولهم إنه لا خيار قبل الرؤية، لأن ملك الفسخ لم يثبت حكماً للخيار وإنما يثبت حكماً لعدم لزوم العقد والله عز وجل أعلم.

وأما بيان كيفية ثبوت الخيار فقد اختلف المشايخ فيه، قال بعضهم إن خيار الرؤية بعد الرؤية يثبت مطلقاً في جميع العمر إلى أن يوجد ما يبطله فيبطل حينئذ وإلا فيبقى على حاله ولا يتوقف بإمكان الفسخ، وهو اختيار الكرخي، لأن سبب ثبوت هذا الخيار هو اختلال الرضا والحكم يبقى ما بقي سببه. وقال بعضهم إنه يثبت مؤقتاً إلى غاية إمكان الفسخ بعد الرؤية، حتى لو رآه وأمكنه الفسخ ولم يفسخ يسقط خياره، وإن لم توجد الأسباب المسقطة للخيار، على ما نذكرها إن شاء الله تعالى، لأن من الأسباب المسقطة للخيار الرضا، [أ/١٨٦/م] والإجازة والامتناع من الفسخ بعد الإمكان دليل الإجازة/ والرضا. والله سبحانه وتعالى أعلم.

وأما بيان ما يسقط به الخيار بعد ثبوته ويلزم البيع وما لا يسقط ولا يلزم فنقول وبالله التوفيق:

ما يسقط به الخيار بعد ثبوته ويلزم البيع في الأصل نوعان: اختياري وضروري، والاختياري نوعان: صريح وما يجري مجرى الصريح ودلالة. أما الصريح وما في معناه فنحو أن يقول أجزت البيع أو رضيت أو اخترت أو ما يجري هذا المجرى، سواء علم البائع بالإجازة أو لم يعلم، لأن الأصل في البيع المطلق هو اللزوم والامتناع لخلل في الرضا، فإذا أجاز ورضي فقد زال المانع فيلزم، وأما الدلالة فهو أن يوجد من المشتري تصرف في المبيع بعد الرؤية يدل على الإجازة والرضا نحو ما إذا قبضه بعد الرؤية، لأن القبض بعد الرؤية دليل الرضا بلزوم البيع لأن للقبض شبهاً بالعقد فكان القبض بعد الرؤية كالعقد بعد الرؤية وذاك دليل الرضا كذا هذا.

وسواء قبضه بنفسه أو وكيله بالقبض بأن قبضه الوكيل وهو ينظر إليه وكانت رؤيته كرؤية الموكل عند أبي حنيفة؛ وعند أبي يوسف ومحمد لا يسقط خياره بقبض الوكيل مع رؤيته، ولقب المسألة أن الوكيل بالقبض يملك إسقاط خيار الرؤية عنده، وعندهما لا يملك.

وأجمعوا على أن الرسول بالقبض لا يملك، وأجمعوا على أن الوكيل بالشراء يملك وكانت رؤية الموكل، وأجمعوا على أن الرسول بالشراء لا يملك ولا تكون رؤيته رؤية المرسل ويثبت الخيار للمرسل إذا لم يره.

وجه قولهما: أن الوكيل متصرف بحكم الأمر والمتصرف بحكم الأمر لا يتعدى إلى مورد الأمر وهو وكيل بالقبض لا بإسقاط الخيار فلا يملك إسقاطه، ولهذا لا يملك إسقاط خيار العيب ولا خيار الشرط، وكذا الرسول لا يملك فكذا الوكيل.

ولأبي حنيفة: أنه وكيل بالقبض لكن بقبض تام، لأن/ الوكيل بالشيء وكيل بإتمام ذلك الشيء، ولهذا [ب/١٨٦/م] كان الوكيل بالخصومة وكيلاً بالقبض وتمام القبض بإسقاط الخيار، لأن خيار الرؤية يمنع تمام القبض، ولهذا لا يملك التفريق بعد القبض لأنه غير مقبوض.

وقد خرج الجواب عن قولهما إنه وكيل بالقبض لا بإبطال الخيار، لأن الوكيل عنده لا يملك إبطال الخيار مقصوداً لأن الموكل لا يملك ذلك فكيف يملكه الوكيل، وإنما يبطل في ضمن القبض بأن قبضه وهو ينظر إليه حتى لو قبضه مستوراً ثم أراد بطلان الخيار لا يملكه والشيء قد يثبت ضمناً لغيره وإن كان لا يثبت مقصوداً كعزل الوكيل وغيره، بخلاف خيار العيب لأنه لا يمنع تمام القبض.

ألا ترى أنه يملك التفريق بعد القبض، وكذا الرد بعد القبض بغير قضاء لم يكن رفعاً للعقد من الأصل بخلاف الرد قبل القبض، وبخلاف خيار الشرط لأنه يثبت للاختبار والقبض وسيلة إلى الاختبار فلم يصلح القبض دليل الرضا وخيار الرؤية إنما يثبت بخلل في الرضا والقبض مع الرؤية دليل الرضا على الكمال فأوجب بطلان الخيار، وبخلاف الرسول بالقبض لأنه نائب في القبض عن المرسل فكان قبضه قبض المرسل فكان إتمام القبض إلى المرسل.

وأما الوكيل فأصل في نفس القبض وإنما الواقع للموكل حكم فعله فكان الإتمام إلى الوكيل، وكذا إذا تصرف فيه تصرف الملاك بأن كان ثوباً فقطعه أو صبغه أحمر أو أصفر أو سويقاً فلته بسمن أو عسل أو أرضاً فبنى عليها أو غرس أو زرع أو جارية فوطئها أو لمسها بشهوة أو نظر إلى فرجها عن شهوة أو دابة فركبها لحاجة نفسه ونحو ذلك، لأن الإقدام على هذه التصرفات دلالة الإجازة والرضا بلزوم البيع والملك به إذ لو لم يكن به وفسخ البيع لتبين أنه تصرف في ملك الغير من كل وجه أو من وجه وأنه حرام فجعل ذلك إجازة منه صيانة له عن ارتكاب الحرام.

وكذا إذا عرضه على البيع باع أو لم يبع لأنه لما عرضه على البيع فقد قصد إثبات الملك اللازم للمشتري/ [أ/١٨٧م]، ومن ضرورته لزوم الملك له ليمكنه إثباته لغيره ولو عرض بعضه على البيع سقط خياره عند أبي يوسف، وعند محمد لا يسقط والصحيح قول أبي يوسف، لأن سقوط الخيار ولزوم البيع بالعرض لكون العرض دلالة الإجازة والرضا ودلالة الإجازة دون صريح الإجازة، ثم لو صرح بالإجازة في البعض لم يجز ولم يسقط خياره لما فيه من تفريق الصفقة على البائع قبل التمام فلأن لا يسقط بدلالة الإجازة أولى.

وكذا لو وهبه سلم أو لم يسلم، لأن الثابت بالهبة لا يعود إليه إلا بقرينة القضاء أو الرضا فكان الإقدام عليها دلالة قصد إثبات الملك اللازم فيقتضي لزوم الملك للواهب، وكذا إذا رهنه وسلم أو آجره، لأن كل واحد منهما عقد لازم في نفسه والثابت بهما حق لازم للغير. وكذا إذا كاتبه لأن الكتابة عقد لازم في جانب المكاتب والثابت بها حق لازم في حقه، وكذا إذا باعه أو وهبه وسلم. وكذا إذا أعتقه أو دبره أو استولده، لأن هذه تصرفات لازمة والثابت بها ملك لازم أو حق لازم فالإقدام عليها يكون إجازة والتزاماً للعقد دلالة.

ولو باع بشرط الخيار لنفسه لا يسقط خياره في رواية وفي رواية يسقط وهي الصحيحة لأن البيع بشرط الخيار لا يكون أدنى من العرض على البيع بل فوقه، ثم العرض على البيع يسقط الخيار فهذا أولى.

وكذا لو أخرج بعضه عن ملكه يسقط خياره عن الباقي ولزم البيع فيه لأن رد الباقي تفريق الصفقة على البائع قبل التمام، لأن خيار الرؤية يمنع تمام الصفقة لأنه يمنع تمام الرضا، وكذا إذا انتقص المعقود عليه بفعله، والله عز وجل أعلم.

وأما الضروري فهو كل ما يسقط به الخيار ويلزم البيع من غير صنعه، نحو موت المشتري عندنا خلافاً للشافعي رحمه الله، والمسألة قد مرت في خيار الشرط، وكذا إجازة أحد الشركين فيما اشترياه ولم يرباه دون/ [ب/١٨٧م] صاحبه عند أبي حنيفة، وقد ذكرنا المسألة في خيار العيب.

وكذا إذا هلك بعضه أو انتقص بأن تعيب بآفة سماوية أو بفعل أجنبي أو بفعل البائع عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، أو ازداد في يد المشتري زيادة منفصلة أو متصلة، متولدة أو غير متولدة على التفصيل والاتفاق والاختلاف الذي ذكرنا في خيار الشرط والعيب.

والأصل أن كل ما يبطل خيار الشرط والعيب يبطل خيار الرؤية، إلا أن خيار الشرط والعيب يسقط بصريح الإسقاط، وخيار الرؤية لا يسقط بصريح الإسقاط لا قبل الرؤية ولا بعدها.

أما قبلها فلما ذكرنا فيما تقدم أنه لا خيار قبل الرؤية، لأن أوان ثبوت الخيار هو أوان الرؤية فقبل الرؤية لا خيار وإسقاط الشيء قبل ثبوته وثبوت سببه محال، وأما بعد الرؤية فلأن الخيار ما ثبت باشتراط العاقدين لأن ركن العقد مطلق عن الشرط نصاً ودلالة، وإنما يثبت شرعاً لحكمة فيه فكان ثابتاً حقاً لله تعالى.

وأما خيار الشرط والعيب فثبت باشتراط العاقدين، أما خيار الشرط فظاهر لأنه منصوص عليه في العقد. وأما خيار العيب فلأن السلامة مشروطة في العقد دلالة، والثابت بدلالة النص كالثابت بصريح النص فكان ثابتاً حقاً للعبد، وما ثبت حقاً للعبد يحتمل السقوط بإسقاطه مقصوداً، لأن الإنسان يملك التصرف في حق نفسه مقصوداً استيفاء وإسقاطاً.

فأما ما ثبت حقاً لله تعالى فالعبد لا يملك التصرف فيه إسقاطاً مقصوداً لأنه لا يملك التصرف في حق غيره مقصوداً، لكنه يحتمل السقوط بطريق الضرورة بأن يتصرف في حق نفسه مقصوداً ويتضمن ذلك سقوط حق الشرع فيسقط حق الشرع في ضمن التصرف في حق نفسه، كما إذا أجاز المشتري البيع ورضي به بعد الرؤية/ نصاً أو دلالة بمباشرة تصرف يدل على الرضا والإجازة لأنه وإن ثبت حقاً للشرع لكن الشرع أثبته نظراً للعبد حتى إذا رآه وصلح له أجازه وإن لم يصلح له رده، إذ الخيار هو التخيير بين الفسخ والإجازة فكان المشتري بالإجازة والرضا متصرفاً في حق نفسه مقصوداً. [أ/١٨٨/م]

ثم من ضرورة الإجازة لزوم العقد، ومن ضرورة لزوم العقد سقوط الخيار فكان سقوط الخيار من طريق الضرورة لا بالإسقاط مقصوداً، ويجوز أن يثبت الشيء بطريق الضرورة.

وإن كان لا يثبت مقصوداً كالوكيل بالبيع إذا عزله الموكل ولم يعلم به فإنه لا ينعزل، ولو باع الموكل بنفسه ينعزل الوكيل. كذا هنا.

ولو باع بشرط الخيار قبل الرؤية أو عرضه على البيع أو وهبه ولم يسلم أو كان للمشتري داراً فبيعت دار بجنبها فأخذها بالشفعة فهو على خياره لأن هذه التصرفات دلالة الرضا، وهذا الخيار قبل الرؤية لا يسقط بصريح الرضا فبدلالة الرضا أولى أن لا يسقط، وإنما يسقط بتعذر الفسخ بأن أعتق أو دبر أو باع أو آجر أو رهن وسلم.

أما الإعتاق والتدبير فلأن كل واحد منهما وقع صحيحاً لمصادفته محلاً مملوكاً، وكل واحد منهما تصرف لازم لا يحتمل النقض والفسخ، فتعذر فسخ البيع لتعذر فسخهما.

وأما البيع والإجارة والرهن فلأنها تصرفات لازمة أوجب بها ملكاً لازماً أو حقاً لازماً للغير على وجه لا يملك الاسترداد فتعذر الفسخ وتعذر فسخ العقد يوجب لزومه لأن الفسخ إذا تعذر لم يكن في بقاء العقد فائدة فيسقط ضرورة. ولو باع أو رهن أو آجر ثم رد عليه بعيب بقضاء القاضي أو افتك الرهن أو انقضت مدة الإجارة لا يعود الخيار. كذا روي عن أبي يوسف لأن خيار الرؤية بعدما سقط لا يعود إلا بسبب جديد بخلاف خيار العيب، وعلى هذا إذا كاتبه أو وهبه وسلمه أو باعه بشرط/ الخيار للمشتري قبل الرؤية يلزم البيع لأن هذه عقود لازمة أوجبت حقوقاً لازمة. [ب/١٨٨/م]

أما الكتابة فلأنها عقد لازم في حق المكاتب حتى لا يملك الفسخ من غير رضا المكاتب، وكذا البيع بشرط الخيار للمشتري لأنه لازم في جانب البائع. وأما الهبة فلأن الملك الثابت بها ملك لا يحتمل العود إليه إلا بقضاء أو رضا فكان في معنى اللازم، وإذا تعذر الفسخ بسبب هذه التصرفات، وتعذر الفسخ يوجب اللزوم ويسقط الخيار ضرورة عدم الفائدة. بخلاف ما إذا باع بشرط الخيار لنفسه، لأنه ليس بتصرف لازم في حقه، وكذا الهبة من غير تسليم والعرض على البيع والله عز وجل أعلم.

ثم ما ذكرنا من سقوط الخيار ولزوم البيع برضا المشتري إذا رأى كل المبيع فرضي به. فأما إذا رأى بعضه دون بعض فهل يسقط خياره؟ فتفصيل الكلام فيه على النحو الذي ذكرنا فيما إذا رأى بعض المبيع دون بعض وقت الشراء فكل ما يمنع ثبوت الخيار هناك يسقط بعد ثبوته ههنا وما لا فلا، وفيما وراء ذلك لا يختلفان والله عز وجل أعلم.

وعلى ذلك يخرج ما إذا اشترى مغيباً في الأرض كالجزر والبصل والثوم والسلق والفجل ونحوها من المغيبات في الأرض فقلع بعضه ورضي بالمقلوع إنه لا يسقط خياره عند أبي حنيفة، حتى إنه إذا قلع الباقي كان على خياره إن شاء رد الكل وإن شاء أمسك الكل.

وقال أبو يوسف ومحمد: إذا قلع شيئاً مما يستدل به على الباقي في عظمِهِ ورضى به المشتري فهو لازم.

وجه قولهما: أنه إذا قلع ما يستدل به على الباقي كان رؤية بعضه كرؤية كله فكأنه قلع الكل ورضي به، كما إذا اشترى صبرة فرأى ظاهرها يسقط خياره كذا هذا.

وجه قول أبي حنيفة: أن هذه المغيبات مما تختلف بالصغر والكبر والجودة والرداءة اختلافاً فاحشاً فرؤية البعض منها لا تفيد العلم بحال البقية فأشبه الثياب وسائر العدديات المتفاوتة. ولو قطع المشتري الكل بغير إذن البائع سقط خياره لأنه نقص المعقود/ عليه بالقلع، لأنه كان ينمو في الأرض ويزيد ولا يتسارع إليه [١٨٩/أ م] الفساد وبعد القلع لا ينمو ويتسارع إليه الفساد وانتقاص المعقود عليه في يد المشتري بغير صنعه يسقط الخيار ويلزم البيع فبصنعه أولى.

وكذا إذا قلع بعضه بغير إذنه لأنه نقص بعض المبيع، وانتقاص بعض المبيع بنفسه يمنع رد الباقي فبصنعه أولى.

وإن قلع كله بإذن البائع أو بعضه أو قلع الباقي بنفسه لم يذكر الكرخي هذا الفصل وينبغي أن لا يختلف الجواب فيه على قياس قول أبي حنيفة ومحمد كما في البيع بشرط الخيار للمشتري إذا انتقص المبيع بفعل البائع إنه يسقط خيار المشتري عندهما، وهو قول أبي يوسف الأول، وفي قوله الآخر لا يسقط.

وروى بشر عن أبي يوسف: أن المشتري إذا قلع البعض بإذن البائع أو قلع البائع بعضه أنه ينظر إن كان المغيب مما يباع بالكيل أو الوزن بعد القلع فقلع قدر ما يدخل تحت الكيل أو الوزن ورضي به يلزم البيع ويسقط خياره، لأن الرضا ببعض المكيل بعد رؤيته رضا بالكل لأن رؤية بعضه تعرف حال الباقي إلا إذا كان

المقلوع قليلاً لا يدخل تحت الكيل فلا يسقط خياره، لأن قلعه والترك بمنزلة واحدة فكأنه لم يقلع منه شيئاً.

وإن كان مما يباع عدداً كالسلق والفجل ونحوها فقلع بعضاً منه فهو على خياره لأن رؤية البعض منه لا تفيد العلم بحال الباقي للتفاوت الفاحش بين الصغير والكبير من هذا الجنس فلا يحصل المقصود برؤية البعض فيبقىٰ على خياره وقال أبو يوسف: إذا اختلف البائع والمشتري في القلع فقال المشتري إني أخاف إن قلعته لا يصلح لي ولا أقدر على الرد، وقال البائع إني أخاف إن قطعته لا ترضى به، فمن تطوع منهما بالقلع جاز، وإن تشاحا على ذلك فسخ القاضي العقد بينهما، لأنهما إذا تشاحا فلا سبيل إلى الإجبار لما في الإجبار من الإضرار فتعذر التسليم/ فلم يكن في بقاء العقد فائدة فيفسخ. والله عز وجل أعلم هذا الذي ذكرنا بيان ما [ب/١٨٩م] يسقط به الخيار بعد ثبوته في حق البصير، فأما الأعمى إذا اشترى شيئاً وثبت له الخيار فإن خياره يسقط بما ذكرنا من الأسباب المسقطة، لكن بعدما وجد منه ما يقوم مقام الرؤية، وهو الجس فيما يجس والذوق فيما يذاق والشم فيما يشم والوصف فيما يوصف كالدار والعقار والثمار على رؤوس الأشجار ونحوها إذا كان الموصوف على ما وصف وكان ذلك في حقه بمنزلة الرؤية في حق البصير.

وروي عن الحسن بن زياد أنه قال يوكل بصير بالرؤية وتكون رؤية الوكيل قائمة مقام رؤيته.

وروى هشام عن محمد أنه يقوم من المبيع في موضع لو كان بصيراً لرآه ثم يوصف له لأن هذا أقصى ما يمكن، ولو وصف له فرضي به ثم أبصر لا يعود الخيار، لأن الوصف في حقه كالخلف عن الرؤية لعجزه عن الأصل والقدرة على الأصل بعد حصول المقصود بالخلف لا يبطل حكم الخلف، كمن صلى بطهارة التيمم ثم قدر على الماء ونحو ذلك.

ولو اشترى البصير شيئاً لم يره حتى ثبت له الخيار ثم عمي فهذا والأعمى عند الشراء سواء لأنه ثبت له خيار الرؤية وهو أعمى فكانت رؤيته رؤية العميان وهي ما ذكرنا والله عز وجل أعلم.

وأما بيان ما ينفسخ به العقد فالكلام في هذا الفصل في موضعين، أحدهما: في بيان ما ينفسخ به العقد، والثاني في بيان شرائط صحة الفسخ.

أما الأول فما ينفسخ به العقد نوعان: اختياري وضروري فالاختياري هو أن يقول: فسخت العقد أو نقضته أو رددته وما يجري هذا المجرى، والضروري أن يهلك المبيع قبل القبض.

وأما شرائط صحته فمنها قيام الخيار لأن الخيار إذا سقط لزم العقد، والعقد اللازم لا يحتمل الفسخ.

ومنها: أن لا يتضمن تفريق الصفقة على البائع، وإن تضمن بأن رد بعض المبيع دون البعض لم يصح، وكذا إذا رد البعض وأجاز/ البيع في البعض لم يجز سواء كان قبل قبض المعقود عليه أو بعده لأن خيار [أ/١٩٠م] الرؤية يمنع تمام الصفقة فكان هذا تفريق الصفقة على البائع قبل تمامها وإنه باطل.

ومنها: علم البائع بالفسخ عند أبي حنيفة ومحمد، وعند أبي يوسف لس بشرط وقد ذكرنا دلائل المسألة في خيار الشرط.

وأما قضاء القاضي أو التراضي فليس بشرط لصحة الفسخ بخيار الرؤية كما لا يشترط لصحة الفسخ

بخيار الشرط فيصح من غير قضاء ولا رضا قبل القبض وبعده بخلاف خيار العيب، وقد ذكرنا الفرق فيما تقدم والله عز وجل أعلم.

وأما البيع الفاسد فهو كل بيع فاته شرط من شرائط الصحة، وقد ذكرنا شرائط الصحة في مواضعها. وأما حكمه فالكلام في حكمه يقع في ثلاث مواضع أحدها في بيان أصل الحكم، والثاني في بيان صفته، والثالث في بيان شرائطه. أما أصل الحكم فهو ثبوت الملك في الجملة عندنا.

وقال الشافعي[1] رحمه الله: لا حكم للبيع الفاسد فالبيع عنده قسمان جائز وباطل لا ثالث لهما والفاسد والباطل سواء وعندنا الفاسد قسم آخر وراء الجائز والباطل، وهذا على مثال ما يقول في أقسام المشروعات أن الفرض والواجب سواء، وعندنا هما قسمان حقيقة على ما عرف في أصول الفقه.

وجه قوله أن هذا بيع منهي عنه فلا يفيد الملك قياساً على بيع الخمر والخنزير والميتة والدم ودلالة الوصف ما روي عن رسول الله ﷺ أنه قال: «لاَ تَبيعوا الدِّرْهَمَ بالدِّرْهَمين ولا الصَّاعَ بالصَّاعَين»[2].

وروي أنه عليه الصلاة والسلام: «نَهى عَنْ بيعٍ وشرطٍ»[3] وروي أنه عليه الصلاة والسلام قال لعتاب بن أسيد حين بعثه إلى مكة: «انههم عَنْ أربعٍ: عَنْ بيعِ مَا لَمْ يَقبضُوا، وَعَنْ رِبْحِ مَا لَمْ يَضْمَنُوا، وَعَنْ شَرطينِ فِي بيعٍ، وعَنْ بيعٍ وسَلَفٍ»[4].

وروي أنه عليه الصلاة والسلام قال: «لا تَبيعوا الطَّعَامَ بالطعامِ إلا سواءً بِسَواءٍ»[5] ونحو ذلك والمنهي عنه يكون حراماً، والحرام لا يصلح سبباً لثبوت الملك، لأن الملك نعمة، والحرام لا يصلح سبباً لاستحقاق/ النعمة، ولهذا بطل بيع الخمر والخنزير والميتة والدم فكذا هذا. [ب/١٩٠/م]

ولنا: أن هذا بيع مشروع فيفيد الملك في الجملة استدلالاً بسائر البياعات المشروعة، والدليل على أنه بيع أن البيع في اللغة مبادلة شيء مرغوب بشيء مرغوب مالاً كان أو غير مال، قال الله سبحانه وتعالى: ﴿أُوْلَئِكَ الَّذِينَ اشْتَرُوا الضَّلَالَةَ بِالْهُدَى﴾[6] سمي مبادلة الضلالة بالهدى اشتراء وتجارة، فقاله سبحانه وتعالى: ﴿فَمَا رَبِحَت تجارَتُهُم﴾[7] والتجارة مبادلة المال بالمال، قال الله عز شأنه: ﴿إِنَّ اللَّهَ اشْتَرَى مِنَ الْمُؤْمِنِينَ أَنفُسَهُمْ وَأَمْوَالَهُم بِأَنَّ لَهُمُ الْجَنَّةَ﴾[8] سمى سبحانه وتعالى مبادلة الأنفس والأموال بالجنة اشتراء

---

(١) انظر «الأم» (١/ ١٩٥).

(٢) أخرجه أحمد في «المسند» (٣/ ٤٩ و٥٠ ـ ٥١). ومسلم في «صحيحه» في المساقاة، باب بيع الطعام مثلاً بمثل برقم (١٥٩٣). والنسائي في «المجتبى من السنن» (٧/ ٢٧٢) في البيوع، باب بيع التمر بالتمر متفاضلاً. والبيهقي في «السنن الكبرى» (٥/ ٢٩١) عن أبي سعيد الخدري مرفوعاً: «لا صاعي تمر بصاح تمر، ولا صاعي حنطة ولا درهمين بدرهم».

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) تقدم تخريجه من حديث عبد الله بن عمرو.

(٥) تقدم تخريجه.

(٦) سورة البقرة، الآية: (١٦).

(٧) سورة البقرة، الآية: (١٦).

(٨) سورة التوبة، الآية: (١١١).

وبيعاً حيث قال تعالى في آخر الآية: ﴿فَاسْتَبْشِرُوا بِبَيْعِكُم الَّذِي بَايَعْتُم بِهِ﴾[(١)] وفي عرف الشرع هو مبادلة مال متقوم بمال متقوم وقد وجد فكان بيعاً.

والدليل على أنه مشروع النصوص العامة المطلقة في باب البيع من نحو قوله تعالى عز وجل: ﴿وَأَحلَّ اللَّهُ البَيْعَ﴾[(٢)] وقوله عز شأنه: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لاَ تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلاَّ أَن تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِنكُمْ﴾[(٣)]، ونحو ذلك مما ورد من النصوص في هذا الباب عاماً مطلقاً، فمن ادعى التخصيص والتقييد فعليه الدليل.

ولنا: الاستدلال بدلالة الإجماع أيضاً وهو أنا أجمعنا على أن البيع الخالي عن الشروط الفاسدة مشروع ومفيد للملك وقران هذه الشروط بالبيع ذكراً لم يصح فالتحق ذكرها بالعدم إذ الموجود الملحق بالعدم شرعاً والعدم الأصلي سواء، وإذا ألحق بالعدم في نفس البيع خالياً عن المفسد والبيع الخالي عن المفسد مشروع ومفيد للملك بالإجماع وهذا استدلال قوي.

وأما النهي فالجواب عن التعلق به أن هذا نهي عن غير البيع لا عن عينه لوجوه ثلاثة:

أحدهما: أن شرعية أصل البيع وجنسه ثبت معقول المعنى وهو أنه سبب لثبوت الاختصاص واندفاع المنازعة وأنه سبب بقاء العالم إلى حين إذ لا قوام للبشر إلا بالأكل والشرب والسكنى واللباس ولا سبيل إلى استبقاء النفس/ بذلك إلا بالاختصاص به واندفاع المنازعة وذلك سبب الاختصاص واندفاع المنازعة وهو البيع. [أ/ ١٩١/م]

ولا يجوز ورود الشرع بالنهي عما عرف حسنه أو حسن أصله بالعقل لأنه يؤدي إلى التناقض، ولهذا لم يجز النهي عن الإيمان بالله عز وجل وشكر النعم وأصل العبادات لثبوت حسنها بالعقل فيحمل النهي المضاف إلى البيع على غيره ضرورة.

والثاني: إن سلم جواز ورود النهي عن البيع في الجملة لكن حمله على الغير ههنا أولى من وجهين:

أحدهما: أنه عمل بالدلائل بقدر الإمكان.

والثاني: أن في الحمل على البيع نسخ المشروعية، وفي الحمل على غيره ترك العمل بحقيقة الكلام والحمل على المجاز ولا شك أن الحمل على المجاز أولى من الحمل على التناسخ، لأن الحمل على المجاز من باب نسخ الكلام ونسخ المشروعية نسخ الحكم والحكم هو المقصود والكلام وسيلة ونسخ الوسيلة أولى من نسخ المقصود والله عز وجل أعلم.

وأما صفة هذا الحكم فنقول: له صفات منها: أنه ملك غير لازم بل هو مستحق الفسخ فيقع الكلام في هذه الصفة في مواضع: في بيان أن الثابت بهذا البيع مستحق الفسخ، وفي بيان من يملك الفسخ، وفي بيان ما يكون فسخاً، وفي بيان شرط صحة الفسخ، وفي بيان ما يبطل به حق الفسخ بعد ثبوته، أما بيان أن الثابت

---

(١) سورة التوبة، الآية: (١١١).
(٢) سورة البقرة، الآية: (٢٧٥).
(٣) سورة النساء، الآية: (٢٩).

بهذا البيع أوجب الفسخ فهو أن البيع وإن كان مشروعاً في ذاته فالفساد مقترن به ذكراً ودفع الفساد واجب ولا يمكن إلا بفسخ العقد فيستحق فسخه لكن لغيره لا لعينه حتى لو أمكن دفع الفساد بدون فسخ البيع لا يفسخ كما إذا كان الفساد لجهالة الأجل فأسقطاه يسقط ويبقىٰ البيع مشروعاً كما كان، ولأن اشتراط الربا وشرط الخيار مجهول وإدخال الآجال المجهولة في البيع ونحو ذلك معصية والزجر عن المعصية واجب واستحقاق الفسخ يصلح زاجراً عن المعصية لأنه إذا علم أنه يفسخ فالظاهر أنه يمتنع عن المباشرة.

[ب/١٩١/م] وأما بيان من يملك الفسخ فنقول وبالله التوفيق: الفساد لا يخلو إما أن/ يكون راجعاً إلى البدل بأن باع بالخمر والخنزير، وإما أن لم يكن راجعاً إليه كالبيع بشرط منفعة زائدة لأحد العاقدين أو إلى أجل مجهول والحال لا يخلو إما إن كان قبل القبض، وإما إن كان بعده، فإن كان قبل القبض فكل واحد من العاقدين يملك الفسخ من غير رضا الآخر كيف ما كان الفساد، لأن البيع الفاسد لا يفيد الملك قبل القبض فكان الفسخ قبل القبض بمنزلة الامتناع عن القبول والإيجاب فيملكه كل واحد منهما كالفسخ بخيار شرط العاقدين.

وإن كان بعد القبض فإن كان الفساد راجعاً إلى البدل فالجواب فيه وفيما قبل القبض سواء، لأن الفساد الراجع إلى البدل فساد في صلب العقد.

ألا ترى أنه لا يمكن تصحيحه، بخلاف هذا المفسد لما أنه لا قوام للعقد إلا بالبدلين فكان الفساد قوياً فيؤثر في صلب العقد بسلب اللزوم عنه فيظهر عدم اللزوم في حقهما جميعاً، ولو لم يكن راجعاً إلى البدل، فقد ذكر الإمام الإسبيجابي في شرحه مختصر الطحاوي أن ولاية الفسخ لصاحب الشرط لا لصاحبه ولم يحك خلافاً، لأن الفساد الذي لا يرجع إلى البدل لا يكون قوياً لكونه محتملاً للحذف والإسقاط فيظهر في حق صاحب الشرط لا غير ويؤثر في سلب اللزوم في حقه لا في حق صاحبه.

وذكر الكرخي الاختلاف في المسألة فقال في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله: يملك كل واحد منهما الفسخ، وعلى قول محمد رحمه الله حق الفسخ لمن شرط له المنفعة لا غير.

وجه قوله على نحو ما ذكرنا أن من له شرط المنفعة قادر على تصحيح العقد بحذف المفسد وإسقاطه فلو فسخه الآخر لأبطل حقه عليه وهذا لا يجوز.

وجه قولهما: أن العقد في نفسه غير لازم لما فيه من الفساد بل هو مستحق الفسخ في نفسه رفعاً للفساد، وقوله: المفسد ممكن الحذف فنعم لكنه إلى أن يحذف فهو قائم وقيامه يمنع لزوم العقد، وبه تبين [أ/١٩٢/م] أن الفسخ من صاحبه ليس بإبطال/ لحق صاحب الشرط لأن إبطال الحق قبل ثبوته محال.

وأما بيان ما يكون فسخاً لهذا العقد ففسخه بطريقين: قول وفعل فالقول هو أن يقول من يملك الفسخ فسخت أو نقضت أو رددت ونحو ذلك فينفسخ بنفس الفسخ ولا يحتاج إلى قضاء القاضي ولا إلى رضا البائع، سواء كان قبل القبض أو بعده، لأن هذا البيع إنما استحق الفسخ حقاً لله عز وجل لما في الفسخ من رفع الفساد ورفع الفساد حق الله تعالى على الخلوص فيظهر في حق الكل فكان فسخاً في حق الناس كافة فلا تقف صحته على القضاء ولا على الرضا.

والفعل هو أن يرد المبيع على بائعه على أي وجه ما، رده ببيع أو هبة أو صدقة أو إعارة أو إيداع بأن باعه منه أو وهبه أو تصدق عليه أو أعاره منه أو أودعه إياه يبرأ المشتري عن الضمان، لأنه يستحق الرد على البائع فعلى أي وجه ما رده يقع عن جهة الاستحقاق بمنزلة رد العارية والوديعة أنه يكون فسخاً والوديعة بأي طريق كان الرد لما قلنا كذا هذا.

وكذا لو باعه المشتري من وكيل البائع وسلمه إليه، لأن حكم البيع يقع لموكله وهو البائع فكأنه باعه للبائع، ولو باعه المشتري من عبد بائعه وهو مأذون له في التجارة، فإن لم يكن عليه دين كان فسخاً للبيع ولا يبرأ عن المشتري ضمانه حتى يصل إلى البائع، لأنه إذا لم يكن عليه دين فحكم تصرفه وقع للمولى فكان بيعاً من المولى، وإن كان عليه دين لا يكون فسخاً للبيع ويتقرر الضمان على المشتري، لأنه إذا كان عليه دين فحكم تصرفه لا يقع للمولى فلم يكن ذلك بيعاً من المولى فصار كما إذا باعه من أجنبي.

ولو اشترى من عبد مأذون لإنسان شيئاً منه شراء فاسداً وقبضه، ثم إنه باعه من مولاه، فإن لم يكن عليه دين كان فسخاً للبيع، لأنه يكون مشترياً من المولى كأنه اشتراه من مولاه، ثم باعه منه، فإن كان عليه دين لم يكن فسخاً لأنه يكون مشترياً منه لا من مولاه فكأنه اشترى من أجنبي وباعه من مولاه ولو باعه المشتري من مضارب البائع لم يكن فسخاً للبيع وتقرر الضمان على المشتري بخلاف ما إذا باعه من وكيل بائعه بالشراء أنه يكون فسخاً/ . [ب/١٩٢/م]

ووجه الفرق: أن الوكيل بالشراء يتصرف لموكله لا لنفسه، ألا ترى أن حكم تصرفه يقع لموكله لا له فنزل منزلة البيع من الموكل وذلك فسخ، فأما المضارب فمتصرف لنفسه، ألا ترى أن الربح مشترك بينهما فكان بمنزلة الأجنبي، ولو كان البائع وكيلاً لغيره بالشراء فاشترى المشتري شراء فاسداً لموكله لم يكن فسخاً للبيع، لأن حكم الشراء يقع لموكله لا له ووجب عليه الثمن للمشتري وتقرر على المشتري ضمان القيمة ويلتقيان قصاصاً لعدم الفائدة في الاستيفاء ويترادان الفضل إن كان في أحدهما فضل والله عز وجل أعلم.

وأما شرط صحة الفسخ فهو أن يكون الفسخ بمحضر من صاحبه، ذكره الكرخي، ولم يذكر الاختلاف فيه، وذكر القاضي الإمام الإسبيجاني رحمه الله في «**شرحه مختصر الطحاوي**» أن هذا شرط عند أبي حنيفة ومحمد، وعند أبي يوسف ليس بشرط وجعله على الاختلاف في خيار الشرط والرؤية، وقد ذكرنا المسألة فيما تقدم.

وأما بيان ما يبطل به حق الفسخ ويلزم البيع ويتقرر الضمان وما لا يبطل ولا يلزم ولا يتقرر فنقول وبالله التوفيق: الفسخ في البيع الفاسد يبطل بصريح الإبطال والإسقاط بأن يقول أبطلت أو أسقطت أو أوجبت البيع أو ألزمته لأن وجوب الفسخ عنه ثبت حقاً لله تعالى دفعاً للفساد وما ثبت حقاً لله تعالى خالصاً لا يقدر العبد على إسقاطه مقصوداً كخيار الرؤية لكن قد يسقط بطريق الضرورة بأن يتصرف العبد في حق نفسه مقصوداً فيتضمن ذلك سقوط حق الله عز وجل بطريق الضرورة أو يفوت محل الفسخ أو غير ذلك.

وبيان ذلك في مسائل المشتري شراء فاسداً إذا باع المُشْتَرَىٰ أو وهبه أو تصدق به بطل حق الفسخ وعلى المشتري القيمة أو المثل لأنه تصرف في محل مملوك له فنفذ تصرفه ولا سبيل للبائع على بعضه، لأنه

حصل عن تسليط منه ويطيب للمشتري الثاني لأنه ملكه بعقد صحيح بخلاف المشتري الأول، لأنه لا يطيب له لأنه ملكه/ بعقد فاسد فرق بين هذا وبين ما إذا دخل مسلم دار الحرب بأمان فأخذ شيئاً من أموالهم بغير [أ/١٩٣/م] إذنهم وأخرجه إلى دار الإسلام، ثم باعه أنه يصح بيعه لكن لا يطيب للمشتري كما لا يطيب للآخذ.

ووجه الفرق أن عدم الطيب في المأخوذ من الحربي بغير إذنه لكونه مأخوذاً على وجه الغدر والخيانة والمأخوذ على هذا الوجه واجب الرد على صاحبه رداً للخيانة وبالبيع لم يخرج عن استحقاق الرد على مالكه لحصوله لا بتسليط من جهته فبقي واجب الرد كما كان وهذا يمنع الطيب بخلاف البيع الفاسد، لأن انعدام الطيب للمشتري ههنا لقران الفساد به ذكراً لا حقيقة، ولم يوجد ذلك في البيع الثاني وخرج المبيع من أن يكون مستحق الرد على البائع لحصول البيع من المشتري بتسليطه والله عز وجل أعلم.

ولو باعه فرد عليه بخيار شرط أو رؤية أو عيب بقضاء قاض وعاد على حكم الملك الأول عاد حق الفسخ، لأن الرد بهذه الوجوه فسخ محض فكان دفعاً للعقد من الأصل وجعلاً له كأن لم يكن.

ولو اشتراه ثانياً أو عاد إليه بسبب مبتدأ لا يعود الفسخ لأن الملك اختلف لاختلاف السبب فكان اختلاف الملكين بمنزلة اختلاف العقدين، ولو أعتقه المشتري أو دبره بطل حق الفسخ لما قلنا، ولأن الإعتاق والتدبير كل واحد منهما تصرف لا يحتمل الفسخ بعد صحته فيوجب بطلان حق الاسترداد والفسخ ضرورة.

وكذلك لو استولدها لما قلنا وتصير الجارية أم ولد المشتري لأن الاستيلاد قد صح لحصوله في ملكه، وعلى المشتري قيمة الجارية لتعذر الرد بالاستيلاد فصار كما لو هلكت في يده وهل يغرم العقر، ذكر في البيوع أنه لا يغرم وفي الشرب روايتان: والصحيح أنه لا يضمن العقر، لأنه وطىء ملك نفسه وقد تقرر ملكه بالاستيلاد لتعذر الرد.

ولو وطئها المشتري ولم يعلقها لا يبطل حق الفسخ وللبائع أن يسترد الجارية مع عقرها باتفاق الروايات، فرق بين هذا وبين الجارية الموهوبة إذا وطئها الموهوب له وأعتقها ثم رجع/ الواهب في هبته [ب/١٩٣/م] وأخذ الجارية أن الموهوب له لا يضمن العقر.

ووجه الفرق: أن الثابت بالهبة ملك محلل للوطء وبالرجوع لم يتبين أن حل الوطء لم يكن فكان مستمتعاً بملك نفسه فلا عقر عليه بخلاف البيع الفاسد لأن الملك الثابت به لا يظهر في حق حل الوطء فكان الوطء حراماً إلا أنه سقط عنه الحد للشبهة فوجب العقد.

وكذلك لو كاتبه لأن الكتابة قد صحت لوجودها في الملك ولا سبيل للبائع إلى نقضها لحصولها من المشتري بتسليط البائع فلا يكون له حق النقض عليه وعلى المشتري قيمة العبد، فإن أدى بدل الكتابة وعتق تقرر على المشتري ضمان القيمة، وإن عجز ورد في الرق ينظر إن كان ذلك قبل القضاء بالقيمة على المشتري فللبائع أن يسترده، لأنه كان مستحق الرد قبل الكتابة لعدم لزوم الملك إلا أنه امتنع الرد لعارض الكتابة، فإن عجز ورد في الرق قبل القضاء بالقيمة فقد زال العارض والتحق بالعدم كأنه لم يكن فعاد مستحق الرد على المشتري كما كان، وإن كان بعد ما قضى عليه بالقيمة لا سبيل للبائع على العبد لأنه بالقضاء بالقيمة تقرر

ملك المشتري في العبد ولزم من وقت وجوده فيعود إليه لازماً والملك اللازم لا يحتمل الفسخ والله عز وجل أعلم.

وكذلك لو رهنه المشتري بطل حق الفسخ وولاية الاسترداد لما ذكرنا، ولو افتكه المشتري فهو على التفصيل الذي ذكرنا في الكتابة، ولو أجره صحت الإجارة لما قلنا، ولكن لا يبطل حق الفسخ، لأن الإجارة وإن كانت عقداً لازماً إلا أنها تفسخ بالعذر ولا عذر أقوى من رفع الفساد فتنفسخ به وسلمت الأجرة للمشتري، لأن المنافع على أصل أصحابنا لا تتقوم إلا بالعقد والعقد وجد من المشتري فكانت الأجرة له، وهل تطيب له ينظر إن كان قد أدى ضمان القيمة ثم آجر طابت الأجرة له، لأن الضمان بدل المضمون قائم مقامه فكانت الأجرة ربح ما قد ضمن.

وإن آجر ثم أدى الضمان/ لا تطيب له لأنها ربح ما لم يضمن، ولو أوصى به صحت الوصية لما قلنا، [أ/١٩٤/م] ثم إن كان الموصي حياً بعد فللبائع حق الاسترداد، لأن الوصية تصرف غير لازم حال حياة الموصي بل محتمل، وإن مات بطل حقه لأن الثابت للموصَىٰ له ملك جديد بخلاف الثابت للوارث بأن مات المشتري شراء فاسداً لأنه لا يبطل حق الفسخ وللبائع أن يسترد من ورثته.

وكذا إذا مات البائع فلورثته ولاية الاسترداد، لأن الثابت للوارث عين ما كان للمورث وإنما هو خلفه قائم مقامه، ولهذا يرد الوارث بالعيب ويرد عليه وملك المورث مضمون الرد مستحق الفسخ، بخلاف الموصىٰ له، فإن الثابت ملك جديد حصل بسبب جديد، ولهذا لم يرد بالعيب ولا يرد عليه وأنه لم يكن مستحق الفسخ.

ولو ازداد المبيع في يد المشتري، فإن كانت الزيادة متصلة متولدة من الأصل كالسمن والجمال فإنها لا تمنع الفسخ، لأن هذه الزيادة تابعة للأصل حقيقة، والأصل مضمون الرد فكذلك التبع كما في الغصب، وإن كانت غير متولدة من الأصل كما إذا كان المبيع سويقاً فلته المشتري بعسل أو سمن فإنها تمنع الفسخ لأنه لو فسخ؛ إما أن يفسخ على الأصل وحده، وإما أن يفسخ على الأصل والزيادة جميعاً لا سبيل إلى الأول لتعذر الفصل ولا سبيل إلى الثاني لأن الزيادة لم تدخل تحت البيع لا أصلاً ولا تبعاً فلا تدخل تحت الفسخ.

وإن كانت منفصلة فإن كانت متولدة من الأصل كالولد واللبن والثمرة لا تمنع الفسخ وللبائع أن يسترد الأصل مع الزيادة، لأن هذه الزيادة تابعة للأصل لكونها متولدة منه.

والأصل مضمون الرد فكذا الزيادة كما في باب الغصب، وكذا لو كانت الزيادة أرشاً أو عقراً لأن الأرش بدل جزء فائت من الأصل حقيقة كالمتولد من الأصل والعقر بدل حالة حكم الجزء والعين فكأنه متولد من العين ثم في فصل الولد إذا كانت الجارية في يد المشتري فإن نقصتها الولادة وبالولد وفاء/ [ب/١٩٤/م] بالنقصان ينجبر النقصان بالولد عند أصحابنا الثلاثة خلافاً لزفر كما في الغصب، وسنذكر المسألة في كتاب الغصب إن شاء الله تعالى.

وإن لم تنقصها الولادة استردها البائع ولا شيء على البائع، وإن نقصتها وليس بالولد وفاء بالنقصان

ردها مع ضمان النقصان كما في الغصب، وإن هلك الولد قبل الرد لا ضمان على المشتري بالزيادة كما في الغصب وعليه ضمان نقصان الولادة كما في الغصب.

ولو استهلك المشتري الزيادة ضمن كما في الغصب، ولو هلك المبيع والزيادة قائمة فللبائع أن يسترد الزيادة ويضمن قيمة المبيع وقت القبض لأنهما كانا مضموني الرد إلا أنه تعذر استرداد المبيع لفوات المحل وصار مضمون القيمة فبقي الولد على حاله مضمون الرد كما كان.

وإن كانت الزيادة غير متولدة من الأصل كالهبة والصدقة والكسب فإنها لا تمنع الرد وللبائع أن يسترد الأصل مع الزيادة، لأن الأصل مضمون الرد وبالرد ينفسخ العقد من الأصل فتبين أن الزيادة حصلت على ملكه إلا أنها لا تطيب له لأنها لم تحدث في ضمانه بل في ضمان المشتري فكانت في معنى ربح ما لم يضمن، ولو هلكت هذه الزيادة في يد المشتري لا ضمان عليه لأن المبيع بيعاً فاسداً مضمون بالقبض والقبض لم يرد على الزيادة لا أصلاً ولا تبعاً أما أصلاً فلانعدامها عند القبض، وأما تبعاً فلأنها ليست بتابعة حقيقة بل هي أصل بنفسها ملكت بسبب على حدة لا بسبب الأصل.

وإن استهلكها المشتري فكذلك عند أبي حنيفة لا ضمان عليه، وعندهما يضمن، وأصل المسألة في الغصب أنه إذا استهلك الغاصب هذه الزيادة، هل يضمن عنده لا يضمن وعندهما يضمن، ونذكر المسألة في كتاب الغصب إن شاء الله.

ولو هلك المبيع وهذه الزيادة قائمة في يد المشتري تقرر عليه ضمان قيمة المبيع والزيادة للمشتري تقرر ضمان القيمة بخلاف المتولد كما في الغصب والفرق بين الزيادتين يذكر في الغصب إن شاء الله تعالى.

[أ/١٩٥م] هذا إذا زاد المبيع في يد/ المشتري شراء فاسداً، فأما إذا انتقص في يده فإن كان النقصان بآفة سماوية فإنه لا يمنع الاسترداد وللبائع أن يأخذه مع أرش النقصان، لأن المبيع بيعاً فاسداً يضمن بالقبض كالمغصوب والقبض ورد عليه بجميع أجزائه فصار مضموناً بجميع أجزائه والأوصاف تضمن بالقبض وإن كانت لا تضمن بالعقد كما في قبض المغصوب.

وكذلك إذا كان النقصان بفعل المبيع لأن هذا والنقصان بآفة سماوية سواء وإن كان النقصان بفعل المشتري فكذلك لأنه لو انتقص بغير صنعه كان مضموناً عليه فبصنعه أولى.

وإن كان بفعل أجنبي فالبائع بالخيار إن شاء أخذ الأرش من المشتري والمشتري يرجع به على الجاني وإن شاء اتبع الجاني وهو لا يرجع على المشتري كما في الغصب، لأنه لما أخذ قيمة النقصان من المشتري فقد تقرر ملكه في ذلك الجزء من وقت البيع فيه فتبين أن الجناية حصلت على ملك متقرر له فيرجع عليه والأجنبي لم يملك فلا يرجع.

ولو قتله أجنبي فللبائع أن يضمن المشتري قيمته حالة القبض ولا سبيل له على القاتل ويرجع المشتري على عاقلة القاتل بقيمته في ثلاث سنين، فرق ههنا بين البيع وبين الغصب، فإنه لو قتل المغصوب في يد الغاصب قاتل فالمالك بالخيار إن شاء ضمن الغاصب قيمته حالة الغصب والغاصب يرجع على عاقلة القاتل في ثلاث سنين وإن شاء ضمن عاقلة القاتل قيمته في ثلاث سنين وهم لا يرجعون على الغاصب.

وجه الفرق: أن الأجنبي جنى على ملك المشتري لأنه ملك المبيع بالقبض وتقرر ملكه فيه بالجناية لا على ملك البائع فلا يملك البائع تضمينه، بخلاف الغصب فإن الغاصب لا يملك المغصوب إلا بتضمين المغصوب منه إياه فقبله لا ملك له فيه فكان القتل جناية على ملك المالك والقبض جناية على ملكه أيضاً فكان له خيار التضمين.

وإن كان النقصان بفعل البائع لا شيء على المشتري لأنه صار مسترداً بفعله حتى إنه لو هلك/ المبيع [ب/١٩٥/م] في يد المشتري ولم يوجد منه حبس على البائع يهلك على البائع وإن وجد منه حبس ثم هلك ينظر إن هلك من سراية جناية البائع لا ضمان على المشتري أيضاً لأنه صار مسترداً بفعله، وإن هلك لا من سراية جناية البائع فعلى المشتري ضمانه لكن يطرح منه حصة النقصان بالجناية لأنه استرد ذلك القدر بجنايته.

ولو قتله البائع لا ضمان على المشتري لأنه استرده بالقتل، وكذلك لو حفر البائع بئراً فوقع فيه ومات، لأن ذلك في معنى القتل فيصير مسترداً، والله عز وجل أعلم.

ولو كان المبيع ثوباً فقطعه المشتري وخاطه قميصاً أو بطنه وحشاه بطل حق الفسخ وتقرر عليه قيمته يوم القبض. والأصل في هذا أن المشتري إذا أحدث في المبيع صنعاً لو أحدثه الغاصب في المغصوب لا يقطع حق المالك يبطل حق الفسخ ويتقرر حقه في ضمان القيمة أو المثل، كما إذا كان المبيع قطناً فغزله أو غزلاً فنسجه أو حنطة فطحنها أو سمسماً أو عنباً فعصره أو ساحة فبنى عليها أو شاة فذبحها وشواها أو طبخها ونحو ذلك، وإنما كان كذلك لأن القبض في البيع الفاسد كقبض الغصب. ألا ترى أن كل واحد منهما مضمون الرد حال قيامه ومضمون القيمة أو المثل حال هلاكه، فكل ما يوجب انقطاع حق المالك هناك يوجب انقطاع حق البيع للبائع ههنا.

ولو كان المبيع ثوباً فصبغه المشتري بصبغ يزيد من الأحمر والأصفر ونحوهما. ذكر الكرخي أنه ينقطع حق البائع عنه إلى القيمة.

وروي عن محمد أن البائع بالخيار إن شاء أخذه وأعطاه ما زاد الصبغ فيه، وإن شاء ضمنه قيمته، وهو الصحيح، لأن القبض بحكم البيع الفاسد كقبض الغصب. ثم الجواب في الغصب هكذا إن المالك بالخيار إن شاء أخذ الثوب وأعطى الغاصب ما زاد الصبغ فيه، وإن شاء ضمنه قيمته، فكذا هذا والله عز وجل أعلم.

ولو كان المبيع أرضاً فبني عليها بطل حق الفسخ عند أبي حنيفة وعلى المشتري ضمان قيمتها وقت القبض وعندهما لا يبطل/ وينقض البناء. [أ/١٩٦/م]

وجه قولهما: أن هذا القبض معتبر بقبض الغصب ثم هناك ينقض البناء، فكذا ههنا، ولأن البناء ينقض بحق الشفيع بالإجماع وحق البائع فوق حق الشفيع، بدليل أن الشفيع لا يأخذ إلا بقضاء والبائع يأخذ من غير قضاء ولا رضا فلما نقض لحق الشفيع فلحق البائع أولى.

وجه قول أبي حنيفة: أنه لو ثبت للبائع حق الاسترداد لكان لا يخلو إما أن يسترده مع البناء أو بدون البناء. لا سبيل إلى الثاني لأنه لا يمكن ولا سبيل إلى الأول لأن البناء من المشتري تصرف حصل بتسليط

البائع وإنه يمنع النقض كتصرف البيع والهبة ونحو ذلك بخلاف الغصب والشفعة. لأن هناك لم يوجد التسليط على البناء، وكذا لا يمنعان نقض البيع والهبة.

ومنها: أن الثابت بالبيع الفاسد ملك مضمون بالقيمة أو بالمثل لا بالمسمى بخلاف البيع الصحيح لأن القيمة هي الموجب الأصلي في البياعات لأنها مثل المبيع في المالية، إلا أنه يعدل عنها إلى المسمى إذا صحت التسمية، فإذا لم تصح وجب المصير إلى الموجب الأصلي، خصوصاً إذا كان الفساد من قبل المسمى، لأن التسمية إذا لم تصح لم يثبت المسمى فصار كأنه باع وسكت عن ذكر الثمن. ولو كان كذلك كان بيعاً بقيمة المبيع، لأن البيع مبادلة بالمال، فإذا لم يذكر البدل صريحاً صارت القيمة أو المثل مذكوراً دلالة فكان بيعاً بقيمة المبيع أو بمثله إن كان من قبيل الأمثال.

ومنها: أن هذا الملك يفيد المشتري انطلاق تصرف ليس فيه انتفاع بعين المملوك بلا خلاف بين أصحابنا، كالبيع والهبة والصدقة والإعتاق والتدبير والكتابة والرهن والإجارة ونحو ذلك مما ليس فيه انتفاع بعين المبيع.

وأما التصرف الذي فيه انتفاع بعين المملوك كأكل الطعام ولبس الثوب وركوب الدابة وسكنى الدار والاستمتاع بالجارية، فالصحيح أنه لا يحل، لأن الثابت بهذا البيع ملك خبيث، والملك الخبيث لا يفيد إطلاق الانتفاع لأنه واجب الرفع، وفي الانتفاع به تقرر له وفيه تقرير الفساد ولهذا لم يفسد الملك قبل القبض تحرزاً عن تقرير الفساد بالتسليم على ما نذكره في موضعه إن شاء الله تعالى.

ولو كان المُشْتَرَىٰ داراً لا يثبت للشفيع فيها حق الشفعة وإن كان يفيد الملك للمشتري، لأن حق البائع لم ينقطع، والشفعة إنما تجب بانقطاع حق البائع لا بثبوت الملك المشتري. ألا ترى أن من أقر ببيع داره من فلان وفلان منكر تثبت الشفعة، وإن لم يثبت الملك للمشتري لانقطاع حق البائع بإقراره وههنا حق البائع غير منقطع فلا تثبت الشفعة، حتى لو وجد ما يوجب انقطاع حقه تجب الشفعة.

ولو بيعت دار بجنب الدار المشتراة شراء فاسداً تثبت الشفعة، لأن هذا الشراء صحيح فيوجب انقطاع حق البائع فيثبت حق الشفعة والله عز وجل أعلم ولو وطىء الجارية المشتراة شراء فاسداً فإن لم يعقلها فلا عقر عليه قبل الفسخ، وإن فسخ العقد فعليه العقر، وإن أعلقها وضمن قيمة الجارية ففي وجوب العقر روايتان على ما ذكرنا.

وأما شرائطه فاثنان أحدهما القبض فلا يثبت الملك قبل القبض لأنه واجب الفسخ رفعاً للفساد، وفي وجوب الملك قبل القبض تقرر الفساد لأنه إذا ثبت الملك قبل القبض يجب على البائع تسليمه إلى المشتري وفي التسليم تقرير الفساد وإيجاب رفع الفساد على وجه فيه رفع الفساد متناقض، والثاني أن يكون القبض بإذن البائع فإن قبض بغير إذنه أصلاً لا يثبت الملك بأن نهاه عن القبض أو قبض بغير محضر منه من غير إذنه، فإن لم ينهه ولا أذن له في القبض صريحاً فقبضه بحضرة البائع ذكر في الزيادات أنه يثبت الملك، وذكر الكرخي في الرواية المشهورة إنه لا يثبت.

وجه رواية الزيادات أنه إذا قبضه بحضرته ولم ينهه كان ذلك إذناً منه بالقبض دلالة، مع ما أن العقد

الثابت دلالة الإذن بالقبض لأنه تسليط له على/ القبض فكأنه دليل الإذن بالقبض. والإذن بالقبض قد يكون [١٩٧/أ/م] صريحاً وقد يكون دلالة كما في باب الهبة إذا قبض الموهوب له بحضرة الواهب فلم ينهه صح قبضه، كذا ههنا. وجه الرواية المشهورة أن الإذن بالقبض لم يوجد نصاً ولا سبيل إلى إثباته بطريق الدلالة لما ذكرنا أن في القبض تقرير الفساد فكان الإذن بالقبض إذناً بما فيه تقرير الفساد فلا يمكن إثباته بطريق الدلالة.

وبه تبين أن العقد الفاسد لا يقع تسليطاً على القبض لوجود المانع من القبض على ما بينا بخلاف الهبة، لأن هناك لا مانع من القبض فأمكن إثباته بطريق الدلالة ما دام المجلس قائماً، وإنما شرط المجلس لأن القبض في الهبة بمنزلة الركن فيشترط له المجلس كما يشترط للقبول، والله عز وجل أعلم.

وأما البيع الباطل فهو كل بيع فاته شرط من شرائط الانعقاد من الأهلية والمحلية وغيرهما، وقد ذكرنا جملة ذلك في صدر الكتاب ولا حكم لهذا البيع أصلاً لأن الحكم للموجود ولا وجود لهذا البيع إلا من حيث الصورة، لأن التصرف الشرعي لا وجود له بدون الأهلية والمحلية شرعاً، كما لا وجود للتصرف الحقيقي إلا من الأهل في المحل حقيقة، وذلك نحو بيع الميتة والدم والعذرة والبول وبيع الملاقيح والمضامين وكل ما ليس بمال، وكذا بيع صيد الحرم والإحرام لأنه بمنزلة الميتة، وكذا بيع الحر لأنه ليس بمال، وكذا بيع أم الولد والمدبر والمكاتب والمستسعى، لأن أم الولد حرة من وجه، وكذا المدبر فلم يكن مالاً مطلقاً والمكاتب حر يداً فلم يكن مالاً على الإطلاق، والمستسعى عند أبي حنيفة بمنزلة المكاتب وعندهما حر عليه دين، وكذا بيع الخنزير من المسلم لأنه ليس بمال في حق المسلم، وكذا بيع الخمر لأنها ليست بمتقومة في حق المسلم لأن الشرع أسقط تقومها في حق المسلمين حيث أهانها عليهم فيبطل ولا ينعقد، لأنه لو انعقد إما أن ينعقد بالمسمى وإما أن ينعقد بالقيمة، لا سبيل إلى الأول/ لأن التسمية لم تصح، ولا سبيل إلى الثاني [١٩٧/ب/م] لأنه لا قيمة له، إذ التقويم ينبنى عن العزة والشرع أهان المسمى على المسلم فكيف ينعقد بقيمته ولا قيمة له وإذا لم ينعقد يبطل ضرورة.

ومن مشايخنا من فصل في بيع الخمر تفصيلاً فقال إن كان الثمن ديناً بأن باعها بدراهم فالبيع باطل، وإن كان عيناً بأن باعها بثوب ونحوه فالبيع فاسد في حق الثوب وينعقد بقيمة الثوب، لأن مقصود العاقدين ليس هو تملك الخمر وتمليكها لأنها لا تصلح للتملك، والتمليك في حق المسلم مقصود، بل تمليك الثوب وتملكه لأن الثوب يصلح مقصوداً بالتملك والتمليك، فالتسمية إن لم تظهر في حق الخمر تظهر في حق الثوب ولا مقابل له، فيصير كأن المشتري باع الثوب ولم يذكر الثمن فينعقد بقيمته، بخلاف ما إذا كان الثمن ديناً، لأن الثمن يكون في الذمة، وما في الذمة لا يكون مقصوداً بنفسه بل يكون وسيلة إلى المقصود فتصير الخمر مقصودة بالتمليك والتملك فيبطل أصلاً.

وأما بيع الخمر والخنزير فلا يبطل بل يفسد وينعقد بقيمة العبد، لأن العبد مال متقوم.

وكذا الخمر والخنزير في حق أهل الذمة والخمر مال في حقنا إلا أنه لا قيمة لها شرعاً، فإذا جعل الخمر والخنزير ثمناً فقد ذكر ما هو مال، وكون الثمن مالاً في الجملة أو مرغوباً فيه عند الناس بحيث لا يؤخذ مجاناً بلا عوض يكفي لانعقاد العقد لأن البيع مبادلة المال بالمال أو مبادلة شيء مرغوب بشيء مرغوب

إلا أن كون المعقود عليه متقوماً شرط الانعقاد وقد وجد وكذا بيع العبد والمدبر وأم الولد والمكاتب والمستسعى، لأن هذه الأموال في الجملة مرغوب فيها فينعقد العقد بقيمة العبد، وكذا بيع العبد بما يرعى إبله من أرضه من الكلأ أو بما يشرب من ماء بئره، لأن المذكور ثمناً مال متقوم إلا أنه مباح غير مملوك، وكذا هو مجهول أيضاً فانعقد بوصف الفساد بقيمة المبيع.

واختلف مشايخنا في بيع العبد بالميتة والدم، قال عامتهم يبطل، وقال بعضهم يفسد، والصحيح أنه يبطل/ [١٩٨/أم]، لأن المسمى ثمناً ليس بمال أصلاً وكون الثمن مالاً في الجملة شرط الانعقاد.

وكذا اختلفوا فيما إذا قال بعت بغير ثمن، قال بعضهم يبطل، وإليه ذهب الكرخي من أصحابنا، وقال بعضهم يفسد ولا يبطل كما إذا باع وسكت عن ذكر الثمن، وقد ذكرنا وجه كل واحد من القولين فيما تقدم.

ثم إذا باع مالاً بما ليس بمال حتى بطل البيع فقبض المشتري المال بإذن البائع هل يكون مضموناً عليه أو يكون أمانة، اختلف المشايخ فيه، قال بعضهم يكون أمانة لأنه مال قبضه بإذن صاحبه في عقد وجد صورة لا معنى فالتحق العقد بالعدم وبقي إذنه بالقبض، وقال بعضهم يكون مضموناً عليه، لأن المقبوض على حكم هذا البيع لا يكون دون المقبوض على سوم الشراء وذلك مضمون فهذا أولى.

وأما البيع الموقوف فهو بيع مال الغير بغير إذن صاحبه وهو المسمى ببيع الفضولي ولا حكم له يعرف للحال لاحتمال الإجازة والرد من المالك فيتوقف في الجواب في الحال لا أن يكون التوقف حكماً شرعياً، وقد ذكرنا حكم تصرفات الفضولي ما يبطل منها وما يتوقف فيما تقدم والله عز وجل أعلم.

فصل: وأما بيان ما يرفع حكم البيع فنقول وبالله التوفيق حكم البيع نوعان نوع يرتفع بالفسخ وهو الذي يقوم برفعه أحد العاقدين وهو حكم كل بيع غير لازم كالبيع الذي فيه أحد الخيارات الأربع والبيع الفاسد، ونوع لا يرتفع إلا بالإقالة وهو حكم كل بيع لازم وهو البيع الصحيح الخالي عن الخيار.

والكلام في الإقالة في مواضع: في بيان ركن الإقالة، وفي بيان ماهية الإقالة، وفي بيان شرائط صحة الإقالة، وفي بيان حكم الإقالة، أما ركنها فهو الإيجاب من أحد العاقدين والقبول من الآخر، فإذا وجد الإيجاب من أحدهما والقبول من الآخر بلفظ يدل عليه فقد تم الركن لكن الكلام في صيغة اللفظ الذي ينعقد به الركن فنقول لا خلاف أنه ينعقد بلفظين يعبر بهما عن الماضي بأن يقول أحدهما أقلت والآخر/ [١٩٨/ب م] قبلت أو رضيت أو هويت ونحو ذلك، وهل تنعقد بلفظين يعبر بأحدهما عن الماضي وبالآخر عن المستقبل بأن قال أحدهما لصاحبه أقلني فيقول أقلتك، أو قال له جئتك لتقيلني، فقال أقلت، فقال أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله ينعقد كما في النكاح، وقال محمد رحمه الله لا ينعقد إلا بلفظين يعبر بهما عن الماضي كما في البيع.

وجه قوله: أن ركن الإقالة هو الإيجاب والقبول كركن البيع، ثم ركن البيع لا ينعقد إلا بلفظين يعبر بهما عن الماضي فكذا ركن الإقالة، ولهما الفرق بين الإقالة وبين البيع وهو أن لفظة الاستقبال للمساومة حقيقة والمساومة في البيع معتاد فكانت اللفظة محمولة على حقيقتها فلم تقع إيجاباً بخلاف الإقالة، لأن

هناك لا يمكن حمل اللفظ على حقيقتها، لأن المساومة فيها ليست بمعتادة فيحمل على الإيجاب، ولهذا حملناها على الإيجاب في النكاح كذا هذا.

وأما بيان ماهية الإقالة وعملها فقد اختلف أصحابنا في ماهيتها، قال أبو حنيفة عليه الرحمة الإقالة فسخ في حق العاقدين بيع جديد في حق ثالث، سواء كان قبل القبض أو بعده.

وروي عن أبي حنيفة رحمه الله أنها فسخ قبل القبض بيع بعده، وقال أبو يوسف إنها بيع جديد في حق العاقدين وغيرهما إلا أن لا يمكن أن تجعل بيعاً فتجعل فسخاً، قال محمد إنها فسخ إلا أن لا يمكن أن تجعل فسخاً فتجعل بيعاً للضرورة، وقال زفر إنها فسخ في حق الناس كافة.

وجه قول زفر: أن الإقالة في اللغة عبارة عن الرفع يقال في الدعاء: اللهم أقلني عثراتي أي ارفعها، وفي الحديث: «مَنْ أقالَ نادماً أقالَ اللَّهُ عثراتِهِ يومَ القيامة»[1] وعن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال: «أقيلوا ذَوي الهيئاتِ عَثراتِهِمْ إلا فِي حِدّ»[2].

والأصل أن معنى التصرف شرعاً ما ينبىء عنه اللفظ لغة ورفع العقد فسخه ولأن البيع والإقالة اختلفا اسماً فيختلفان حكماً، هذا هو الأصل، فإذا كانت رفعاً لا تكون بيعاً لأن البيع إثبات والرفع نفي وبينهما تناف فكانت الإقالة على هذا التقدير فسخاً محضاً فتظهر/ في حق كافة الناس. [أ/١٩٩م]

وجه قول محمد أن الأصل فيها الفسخ كما قال زفر إلا أنه إذا لم يمكن أن تجعل فسخاً فتجعل بيعاً ضرورة.

وجه قول أبي يوسف: أن معنى البيع هو مبادلة المال بالمال وهو أخذ بدل وإعطاء بدل وقد وجد فكانت الإقالة بيعاً لوجود معنى البيع فيها والعبرة للمعنى لا للصورة، ولهذا أعطى حكم البيع في كثير من الأحكام على ما نذكر، وكذا اعتبر بيعاً في حق الثالث عند أبي حنيفة.

وجه قول أبي حنيفة رحمه الله في تقرير معنى الفسخ ما ذكرناه لزفر أنه رفع لغة وشرعاً ورفع الشيء فسخه، وأما تقرير معنى البيع فيه فما ذكرنا لأبي يوسف أن كل واحد يأخذ رأس ماله ببدل، وهذا معنى البيع

---

(١) أخرجه أحمد في «المسند» (٢/ ٢٥٢) وأبو داود في «سننه» في البيوع، باب فضل الإقالة برقم (٣٤٦٠).
وصححه الحاكم في «المستدرك» (٢/ ٤٥) ووافقه الذهبي على شرط الشيخين.
وصححه ابن حبان برقم (٥٠٢٩) و (٥٠٣٠).

(٢) أخرجه أحمد في «المسند» (٦/ ١٨١) والبخاري في «الأدب المفرد» صفحة (١٦٤) برقم (٤٦٥) سوى قوله: «إلا الحد».
وأبو داود في «سننه» في الحدود، باب في الحد يشفع فيه برقم (٤٣٧٥) وعزاه المنذري في «مختصر سنن أبي داود» (٦/ ٢١٣) برقم (٤٢٠٩) للنسائي. وكما في التحفة (١٢/ ٤١٣) والبيهقي في «السنن الكبرى» (٨/ ٣٣٤) والطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٣/ ١٢٩) وأبو نعيم في «الحلية» (٩/ ٤٣) والخطيب في «تاريخه» (١٠/ ٦٥ ـ ٦٦) عن عائشة.
وصححه ابن حبان برقم (٩٤) وهو حديث حسن كما قال الحافظ في جوابه على القزويني في الأحاديث التي حكم عليها بالوضع من أحاديث «المصابيح» وفي أجوبته عن أحاديث «مشكاة المصابيح» صفحة (١٧٩).
وذوو الهيئات: هم ذوو الصلاح لا من سواهم، ولم يخرجهم ما كان منهم من الزلات والهفوات عما كانوا عليه قبل ذلك من المروءات والهيئات التي هي الصلاح.

إلا أنه لا يمكن إظهار معنى البيع في الفسخ في حق العاقدين للتنافي فأظهرناه في حق الثالث فجعل فسخاً في حقهما بيعاً في حق ثالث، وهذا ليس بممتنع.

ألا ترى أنه لا يمتنع أن يجعل الفعل الواحد من شخص واحد طاعة من وجه ومعصية من وجه، فمن شخصين أولى.

والدليل عليه: أنها لا تصح من غير تسمية الثمن وثمرة هذا الاختلاف إذا تقايلا ولم يسميا الثمن الأول أو سميا زيادة على الثمن الأول أو أنقص من الثمن الأول أو سميا جنساً آخر سوى الجنس الأول قل أو كثر أو أجلا الثمن الأول فالإقالة على الثمن الأول في قول أبي حنيفة رحمه الله وتسمية الزيادة والنقصان والأجل والجنس الآخر باطلة سواء كانت الإقالة قبل القبض أو بعدها والمبيع منقول أو غير منقول لأنها فسخ في حق العاقدين والفسخ رفع العقد، والعقد وقع بالثمن الأول فيكون فسخه بالثمن الأول ضرورة لأنه فسخ ذلك العقد وحكم الفسخ لا يختلف بين ما قبل القبض وبين ما بعده وبين المنقول وغير المنقول وتبطل تسمية الزيادة والنقصان والجنس الآخر والأجل وتبقى الإقالة صحيحة، لأن إطلاق/ [ب/١٩٩/م] تسمية هذه الأشياء لا يؤثر في الإقالة، لأن الإقالة لا تبطلها الشروط الفاسدة.

وبخلاف البيع لأن الشرط الفاسد إنما يؤثر في البيع لأنه يمكن الربا فيه، والإقالة رفع البيع فلا يتصور تمكن الربا فيه فهو الفرق بينهما.

وفي قول أبي يوسف: إن كان بعد القبض فالإقالة على ما سميا لأنها بيع جديد كأنه باعه فيه ابتداء، وإن كان قبل القبض والمبيع عقاراً فكذلك لأنه يمكن جعله بيعاً، لأن بيع العقار قبل القبض جائز عنده، وإن كان منقولاً فالإقالة فسخ؛ لأنه لا يمكن جعلها بيعاً، لأن بيع المبيع المنقول قبل القبض لا يجوز.

وروي عن أبي يوسف: أن الإقالة بيع على كل حال فكل ما لا يجوز بيعه لا تجوز إقالته، فعلى هذه الرواية لا تجوز الإقالة عنده في المنقول قبل القبض لأنه لا يجوز بيعه، وعند محمد إن كان قبل القبض فالإقالة تكون على الثمن الأول وتبطل تسمية الزيادة على الثمن الأول والجنس الآخر والنقصان والأجل يكون فسخاً كما قاله أبو حنيفة رحمه الله لأنه لا يمكن جعلها قبل القبض بيعاً لكن بيع المبيع قبل القبض لا يجوز عنده منقولاً كان أو عقاراً.

وإن كان بعد القبض، فإن تقايلا من غير تسمية الثمن أصلاً أو سميا الثمن الأول من غير زيادة ولا نقصان أو نقصا عن الثمن الأول فالإقالة على الثمن الأول وتبطل تسمية النقصان وتكون فسخاً أيضاً كما قال أبو حنيفة رحمه الله أنها فسخ في الأصل ولا مانع من جعلها فسخاً فتجعل فسخاً، وإن تقايلا عن الزيادة أو على الثمن الأول أو على جنس آخر سوى جنس الثمن الأول قل أو كثر فالإقالة على ما سميا ويكون بيعاً عنده لأنه لا يمكن جعلها فسخاً ههنا، لأن من شأن الفسخ أن يكون بالثمن الأول وإذا لم يمكن جعلها فسخاً تجعل بيعاً بما سميا، بخلاف ما إذا تقايلا على أنقص من الثمن الأول أن الإقالة تكون بالثمن الأول عنده وتجعل فسخاً ولا تجعل بيعاً عنده، لأن هذا سكوت عن نقص الثمن وذلك نقص الثمن، والسكوت عن

النقص لا يكون أعلى من السكوت عن الثمن الأول، وهناك يجعل فسخاً لا بيعاً فههنا أولى، والله عز وجل أعلم/.

[أ/٢٠٠م] وعلى هذا يخرج ما إذا كان المشترى داراً ولها شفيع فقضى له بالشفعة ثم طلب منه المشتري أن يسلم الشفعة بزيادة على الثمن الأول أو بجنس آخر أن الزيادة باطلة.

وكذا تسمية الجنس الآخر عند أبي حنيفة ومحمد وزفر رحمهم الله، لأنه لما قُضِيَ للشفيع بالشفعة فقد انتقلت الصفقة إليه بالثمن الأول فالتسليم بالزيادة على الثمن الأول أو بجنس آخر يكون إقالة على الزيادة على الثمن الأول أو على جنس آخر فتبطل التسمية ويصح التسليم بالثمن الأول عندهما وإنما اتفق جوابهما ههنا على أصل محمد لأنه لا يرى جواز بيع المبيع العقار قبل القبض فيبقى فسخاً على الأصل، وعند أبي يوسف: الزيادة صحيحة.

وكذا تسمية جنس آخر لأن الإقالة عنده بيع ولا مانع من جعلها بيعاً فتبقى بيعاً على الأصل، ولو تقايلا البيع في المنقول، ثم إن البائع باعه من المشتري ثانياً قبل أن يسترده من يده يجوز البيع، وهذا يطرد على أصل أبي حنيفة ومحمد وزفر، أما على أصل زفر فلأن الإقالة فسخ مطلق في حق الكل.

وعلى أصل أبي حنيفة فسخ في حق العاقدين والمشتري أحد المتعاقدين، وعلى أصل محمد فسخ عند عدم المانع من جعله فسخاً ولا مانع ههنا من جعله فسخاً بل وجد المانع من جعله بيعاً، لأن بيع المبيع المنقول قبل القبض لا يجوز فكانت الإقالة فسخاً عندهم فلم يكن هذا بيع المبيع المنقول قبل القبض فجاز.

وأما على أصل أبي يوسف فلا يطرد، لأن الإقالة عنده بعد القبض بيع مطلق وبيع المبيع المنقول قبل القبض لا يجوز بلا خلاف بين أصحابنا فكان هذا الفعل حجة عليه إلا أن يثبت عنه الخلاف فيه.

ولو باعه من غير المشتري لا يجوز، وهذا على أصل أبي حنيفة وأبي يوسف يطرد. أما على أصل أبي يوسف فلأن الإقالة بعد القبض بيع جديد في حق العاقدين وغيرهما إلا لمانع ولا مانع من جعلها بيعاً ههنا لأنا لو جعلناها بيعاً لا تفسد الإقالة لأنها حصلت بعد القبض فتجعل بيعاً فكان هذا بيع المنقول قبل القبض فلم يجز.

وأما على أصل أبي حنيفة فهي وإن كانت/ فسخاً لكن في حق العاقدين، وأما في حق غيرهما فهي بيع [ب/٢٠٠م] والمشتري غيرهما فكان بيعاً في حقه فيكون بيع المبيع المنقول قبل القبض.

وأما على أصل محمد وزفر فلا يطرد لأنها عند زفر فسخ في حق العاقدين وغيرهما وعند محمد الأصل فيها الفسخ إلا لمانع ولم يوجد المانع فبقي فسخاً في حق الكل ولم يكن هذا بيع المنقول قبل القبض فينبغي أن يجوز، وإن كان المبيع غير منقول والمسألة بحالها جاز بيعه من غير المشتري أيضاً على أصل أبي حنيفة وأبي يوسف، وكذا على قياس أصل محمد، لأن على أصله الإقالة بيع في حق الكل إلا أن لا يمكن وههنا يمكن لما قلنا.

وعلى أصل أبي حنيفة: بيع في حق غير العاقدين فكان هذا بيع المبيع العقار قبل القبض وأنه جائز

عندهما، وعلى أصل محمد فسخ إلا عند التعذر ولا تعذر ههنا لأنها حصلت بعد القبض على الثمن الأول فبقيت فسخاً فلم يكن هذا بيع المبيع قبل القبض بل بيع المفسوخ فيه البيع قبل القبض، وهذا جائز عنده منقولاً كان أو غير منقول، وعند زفر هو فسخ على الإطلاق فلم يكن بيعه بيع المبيع المنقول قبل القبض فيجوز.

وعلى هذا يخرج ما إذا اشترى داراً ولها شفيع فسلم الشفعة ثم تقايلا البيع أو اشتراها ولم يكن بجنبها دار ثم بنيت بجنبها دار ثم تقايلا البيع، فإن الشفيع يأخذها بالشفعة عند أبي حنيفة وأبي يوسف، لأن الإقالة بيع جديد في حق الكل على أصل أبي يوسف ولا مانع من جعلها بيعاً.

وعلى أصل أبي حنيفة بيع في حق غير العاقدين والشفيع غيرهما فيكون بيعاً في حقه فيستحق، وأما على قياس أصل محمد وزفر لا يثبت حق الشفعة، لأنها فسخ مطلق على أصل زفر.

وعلى أصل محمد فسخ ما أمكن، وههنا ممكن والشفعة تتعلق بالبيع لا بالفسخ كالرد بخيار الشرط والرؤية ونحو ذلك، ولو تقايلا ثم وهب البائع المبيع من المشتري قبل الاسترداد وقبل المشتري جازت [أ/٢٠١م] الهبة وملكه المشتري ولا تنفسخ الإقالة، ولو كان هذا في البيع/ لا تجوز الهبة وينفسخ البيع بأن وهب المشتري المبيع قبل القبض من البائع وقبله البائع، وهذا يشكل على أصل أبي يوسف لأنه أجرى الإقالة بعد القبض مجرى البيع، ولو كانت كذلك لما جازت الهبة ولكانت فسخاً للإقالة كما كانت فسخاً للبيع.

ثم الفرق على أصل من يجعلها فسخاً ظاهر، لأن الفسخ لا يحتمل الفسخ فلا يمكن جعل الهبة مجازاً عن الإقالة فلا تنفسخ الإقالة بخلاف البيع فإنه يحتمل الفسخ فأمكن جعل الهبة مجازاً عن إقالة البيع.

ولو كان المبيع مكيلاً أو موزوناً بيع مكايلة أو موازنة فتقايلا البيع فاسترده البائع من غير كيل أو وزن صح قبضه وهذا لا يطرد على أصل أبي يوسف، لأن الإقالة لو كانت بيعاً لما صح قبضه من غير كيل أو وزن كما في البيع، ولو تقايلا قبل قبض المبيع أو بعده ثم وجد البائع به عيباً كان عند بائعه ليس له أن يرده عليه، وهذا على أصل أبي حنيفة وأبي يوسف يطرد لأن الإقالة على أصل أبي يوسف بيع في حق الكل، وعلى أصل أبي حنيفة بيع في حق ثالث فكان بيعاً في حقه فيصير كأنه اشتراه ثانياً أو ورثه من المشتري.

وعلى أصل محمد وزفر: يشكل، لأن الإقالة فسخ على أصلهما فينبغي أن لا يمنع الرد، ولو اشترى شيئًا وقبضه قبل نقد الثمن ثم باعه من أجنبي ثم تقايلا وعاد المبيع إلى المشتري ثم إن بائعه اشتراه بأقل مما باعه بالثمن الأول قبل النقد يجوز، وهذا على أصل أبي حنيفة وأبي يوسف صحيح، لأن الإقالة على أصل أبي يوسف بيع في حق العاقدين وغيرهما.

[ب/٢٠١م] وعلى أصل أبي حنيفة/ بيع في حق ثالث والبائع الأول ههنا ثالث فكانت الإقالة بيعاً في حقه كأن المشتري الأول اشتراه ثانياً، ثم باعه من بائعه بأقل من الثمن الأول قبل العقد وذلك جائز كذا هذا.

وأما على أصل محمد وزفر فلا يطرد لأنهما يجعلان الإقالة فسخاً فكانت إعادة إلى قديم الملك فينبغي أن لا يجوز، وأما شرائط صحة الإقالة، فمنها رضا المتقايلين، أما على أصل أبي يوسف فظاهر لأنه بيع مطلق والرضا شرط صحة البياعات.

وأما على أصل أبي حنيفة ومحمد وزفر: فلأنها فسخ العقد والعقد لم ينعقد على الصحة إلا بتراضيهما أيضاً، ومنها المجلس لما ذكرنا أن معنى البيع موجود فيها فيشترط لها المجلس كما يشترط للبيع.

ومنها: تقابض بدلي الصرف في إقالة الصرف، وهذا على أصل أبي يوسف ظاهر، وكذلك على أصل أبي حنيفة، لأن قبض البدلين إنما وجب حقاً لله تعالى ألا ترى أنه لا يسقط بإسقاط العبد والإقالة على أصله وإن كانت فسخاً في حق العاقدين فهي بيع جديد في حق ثالث فكان حق الشرع في حكم ثالث فيجعل بيعاً في حقه.

ومنها: أن يكون المبيع بمحل الفسخ بسائر أسباب الفسخ كالرد بخيار الشرط والرؤية والعيب عند أبي حنيفة وزفر، فإن لم يكن بأن ازداد زيادة تمنع الفسخ بهذه الأسباب لا تصح الإقالة عندهما، وعند أبي يوسف ومحمد هذا ليس بشرط، أما على أصل أبي حنيفة وزفر فظاهر، لأن الإقالة عندهما فسخ للعقد فلا بد وأن يكون المحل محتملاً للفسخ، فإذا خرج عن احتمال الفسخ خرج عن احتمال الإقالة ضرورة.

وأما على أصل أبي يوسف فلأنها بعد القبض بيع مطلق وهو بعد الزيادة محتمل للبيع فبقي محتملاً للإقالة، وأما على أصل محمد، وإن كانت فسخاً لكن عند الإمكان ولا إمكان ههنا لأنا لو جعلناها فسخاً لم يصح. ولو جعلناها بيعاً لصحت فجعل بيعاً لضرورة الصحة فلهذا اتفق جواب محمد مع جواب أبي يوسف في هذا الفصل.

ومنها: قيام المبيع وقت الإقالة، فإن كان هالكاً وقت الإقالة لم تصح، فأما قيام الثمن وقت الإقالة فليس بشرط.

ووجه الفرق: أن إقالة البيع رفعه فكان قيامها بالبيع وقيام البيع بالمبيع لا بالثمن لأنه هو المعقود عليه على معنى أن العقد ورد عليه لا على الثمن لأنه يرد على المعين والمعين هو المبيع لا الثمن لأنه لا يحتمل التعيين، وإن عين لأنه اسم لما في الذمة فلا يتصور إيراد العقد عليه دل أن قيام البيع بالمبيع لا بالثمن فإذا هلك لم يبق محل حكم البيع فلا يبقى حكمه فلا يتصور الإقالة/ التي هي رفع حكم البيع في [أ/٢٠٢م] الحقيقة، وإذا هلك الثمن فمحل حكم البيع قائم فتصح الإقالة.

وعلى هذا يخرج ما إذا تبايعا عيناً بدين كالدراهم والدنانير عينا أو لم يعينا والفلوس والمكيل والموزون والعدديات المتقاربة الموصوفة في الذمة ثم تقايلا أنهما إن تقايلا والعين قائمة في يد المشتري صحت الإقالة سواء كان الثمن قائماً في يده أو هالكاً لقيام حكم البيع بقيام المعقود عليه، وإن تقايلا بعد

هلاك العين لم تصح وكذا إن كانت قائمة وقت الإقالة ثم هلكت قبل الرد على البائع بطلت الإقالة سواء كان الثمن قائماً أو هالكاً، لأن الإقالة فيها معنى البيع.

ألا ترى أن بعد الإقالة وجب على كل واحد منهما رد ما في يده على صاحبه فكان هلاك البيع بعد الإقالة قبل القبض كهلاكه بعد البيع قبل القبض فإنه يوجب بطلان البيع كذا هذا، سواء بقي الثمن أو هلك لأنه إذا لم يتعين فقيامه وهلاكه بمنزلة واحدة.

وكذا إذا كان المبيع عبدين وتقابضا ثم هلكا ثم تقايلا أنه لا تصح الإقالة لما ذكرنا أن المعقود عليه إذا هلك لم يبق محل الفسخ بالإقالة، وكذا لو كان أحدهما هالكاً وقت الإقالة والآخر قائماً وصحت الإقالة، ثم هلك القائم قبل الرد بطلت الإقالة لأنه هلك المعقود عليه قبل القبض على ما بينا.

ولو تبايعا عيناً بعين وتقابضا ثم هلكت إحداهما في يد مشتريها ثم تقايلا صحت الإقالة وعلى مشتري الهالك قيمة الهالك إن لم يكن له مثل ومثله إن كان له مثل فيسلمه إلى صاحبه ويسترد منه العين، لأن كل واحد منهما مبيع على حدة لقيام العقد في كل واحد منهما ثم خرج الهالك من أن يكون قيام العقد به فيقوم بالآخر: وإذا بقي المبيع بقي محل الفسخ فيصح أو نقول المبيع أحدهما والآخر ثمن إذ المبيع لا بد له من الثمن، فإذا هلك أحدهما تعين الهالك للثمن والقائم للمبيع لما فيه من تصحيح العقد، وفي القلب إفساده فكان التصحيح أولى فبقي البيع ببقاء المبيع فاحتمل الإقالة/ . [ب/٢٠٢م]

وكذلك لو تقايلا والعينان قائمتان، ثم هلك أحدهما بعد الإقالة قبل الرد لا تبطل الإقالة، لأن هلاك إحداهما قبل الإقالة لما لم يمنع صحة الإقالة فهلاكها بعد الإقالة لا يمنع بقاءها على الصحة من طريق الأولى، لأن البقاء أسهل من الابتداء، وهذا بخلاف بيع العرض بالعرض أنه لا ينعقد بأحد العرضين ابتداء، وإذا انعقد بهما ثم هلك أحدهما قبل القبض يبطل البيع، لأن البيع مبادلة المال بالمال فلا ينعقد بأحد البدلين ويبطل بهلاك أحد العرضين قبل القبض، لأن كل واحد من العرضين مبيع وهلاك المبيع قبل القبض يبطل البيع.

فأما الإقالة فرفع البيع فتستدعي بقاء حكم البيع وقد بقي ببقاء أحدهما، وعلى هذا تخرج إقالة السلم قبل قبض المسلم فيه أنها جائزة سواء كان رأس المال ديناً أو عيناً، وسواء كان قائماً في يد المسلم إليه أو هالكاً، لأن المبيع هو المسلم فيه وأنه قائم، وهذا لأن المسلم فيه، وإن كان ديناً حقيقة فله حكم العين حتى لا يجوز استبداله قبل القبض فكان كالمعقود عليه وأنه قائم فوجد شرط صحة الإقالة، وإذا صحت فإن كان رأس المال عين مال قائمة رده المسلم إليه بعينه، وإن كانت هالكة فإن كان مما له مثل رد مثله، وإن كان مما لا مثل له رد قيمته وإن كان ديناً رد مثله قائماً كان أو هالكاً لأنه لا يتعين بالتعيين فهلاكه وقيامه سواء، وكذلك لو كانت الإقالة بعد قبض المسلم فيه وإنه قائم في يد رب السلم أنه تصح الإقالة ثمة لأنها صحت حال كونه ديناً حقيقة فحال صيرورته عيناً بالقبض أولى.

وإذا صحت فعلى رب السلم رد عين المقبوض، لأن المقبوض بعقد السلم كأنه عين ما ورد عليه العقد بدليل أنه يجوز بيعه مرابحة على رأس المال والمرابحة بيع ما اشتراه البائع بمثل الثمن الأول مع زيادة ربح،

وإذا كان المقبوض عين ما ورد عليه العقد في التقدير والحكم وجب رد عينه في الإقالة.

ولو اشترى عبداً بنقرة أو بمصوغ وتقابضا ثم هلك العبد في يد المشتري ثم تقايلا والفضة قائمة في يد البائع صحت الإقالة، لأن كل واحد منهما مبيع لتعينه بالتعيين فكان معقوداً عليه فيبقى البيع ببقاء أحدهما وعلى البائع رد عين الفضة ويسترد من المشتري قيمة العبد لكن ذهباً لا فضة لأن الإقالة وردت على قيمة العبد، فلو استرد قيمته فضة والقيمة تختلف فتزداد أو تنقص فيؤدي إلى الربا، ولو كان العبد قائماً وقت الإقالة ثم هلك قبل الرد على البائع فعلى البائع أن يرد الفضة ويسترد قيمة العبد إن شاء ذهباً وإن شاء فضة لأن الإقالة ههنا وردت على عين العبد، ثم وجبت القيمة على المشتري بدلاً للعبد ولا ربا بين العبد وقيمته والله تعالى أعلم.

كتاب الكفالة

الكلام في هذا الكتاب يقع في مواضع: في بيان ركن الكفالة، وفي بيان شرائط الركن، وفي بيان حكم الكفالة، وفي بيان ما يخرج به الكفيل عن الكفالة، وفي بيان الرجوع بعد الخروج أنه هل يرجع أم لا.

أما الركن فهو الإيجاب والقبول.الإيجاب من الكفيل والقبول من الطالب وهذا عند أبي حنيفة ومحمد، وهو قول أبي يوسف الآخر، وفي قوله الأول الركن هو الإيجاب فحسب.

فأما القبول فليس بركن، وهو أحد قولي الشافعي رحمه الله لما روي أن النبي عليه الصلاة والسلام أتى بجنازة رجل من الأنصار فقال: «هَلْ عَلى صَاحِبِكُمْ دَينٌ»[١] فقيل نعم درهماً أو ديناران فامتنع من الصلاة عليها، فقال سيدنا علي أو أبو قتادة رضي الله عنهما هما عليَّ يا رسول الله فصلى عليها ولم ينقل قبول الطالب، ولأن الكفالة ضم لغة والتزام المطالبة بما على الأصيل شرعاً لا تمليك، ألا يرى أنه يحتمل الجهالة والتعليق بالشرط والتمليك لا يحتمل ذلك ومعنى الضم والالتزام يتم بإيجاب الكفيل فأشبه النذر.

والدليل عليه أن المريض إذا قال عند موته لورثته: اضمنوا عني ما عليَّ من الدين لغرمائي وهم غيب فضمنوا ذلك فهو جائز ويلزمهم وأي فرق بين المريض والصحيح، ولهما أن الكفالة ليست بالتزام محض بل فيها معنى التمليك لما نذكر والتمليك لا يتم إلا بالإيجاب والقبول كالبيع والجواب عن مسألة المريض نذكره من بعد إن شاء الله تعالى.

فإذا عرفت أن ركن الكفالة الإيجاب والقبول فالإيجاب من الكفيل أن يقول أنا كفيل أو ضمين أو زعيم أو غريم أو قبيل أو حميل أو لك علي أو لك قبلي أو لك عندي.

أما لفظ الكفالة والضمان فصريحان، وكذلك الزعامة بمعنى الكفالة والغرامة بمعنى الضمان، قال النبي عليه الصلاة والسلام: «الزَّعيم غارمٌ»[٢] أي الكفيل ضامن وكذلك القبالة بمعنى الكفالة أيضاً، يقال قبلت به أقبل قبالة، وتقبلت به أي كفلت، قال الله تعالى: ﴿أَوْ يَأتي باللَّهِ والملائكةِ قبيلاً﴾[٣] أي كفيلاً يكفلوني بما

---

(١) أخرجه البخاري في «صحيحه» في الحوالة، باب إن أحال دين الميت على رجل جاز برقم (٢٢٨٩). من حديث سلمة بن الأكوع أنه قال: «كنا جلوساً عند النبي ﷺ إذ أتي بجنازة فقالوا: صلِّ عليها، فقال: هل عليه دين؟ قالوا: لا فصلّى عليه. ثُمّ أتي بجنازة فقال هل عليه دين؟ قيل: نعم. قال: فهل ترك شيئاً؟ قالوا: ثلاثة دنانير فصلى عليها. ثم أتي بثالثة قال: هل ترك شيئاً؟ قالوا: لا قال: صلوا على صاحبكم».

(٢) بعض حديث أخرجه ابن عدي في «الكامل» وأعله بإسماعيل بن أبي زياد السكوني وقال: إنه منكر الحديث، وعامة ما يرويه لا يتابع عليه. وهو كذاب كما في الميزان ترجمة برقم (٨٨١).

(٣) سورة الإسراء، الآية: (٩٢).

يقول، والحميل بمعنى المحمول، فعيل بمعنى المفعول كالقتيل بمعنى المقتول، وإنه ينبىء عن تحمل الضمان.

وقوله على كلمة إيجاب وكذا قوله إلي. قال رسول الله ﷺ: «مَنْ تَرَكَ مالاً فلورثتِهِ وَمَنْ تَرَكَ دَيناً فإلي وعَليّ»[1] وقوله قبلي ينبىء عن القبالة وهي الكفالة على ما ذكرنا.

وقوله عندي وإن كانت مطلقة للوديعة لكنه بقرينة الدين يكون كفالة، لأن قوله عندي يحتمل اليد ويحتمل الذمة لأنها كلمة قرب وحضرة، وذلك يوجد فيهما جميعاً، فعند الإطلاق يحمل على اليد لأنه أدنى، وعند قرينة الدين يحمل على الذمة، أي في ذمتي؛ لأن الدين لا يحتمله إلا الذمة.

وأما القبول من الطالب فهو أن يقول قبلت أو رضيت أو هويت أو ما يدل على هذا المعنى، ثم ركن الكفالة في الأصل لا يخلو عن أربعة أقسام: إما أن يكون مطلقاً أو مقيداً بوصف أو معلقاً بشرط أو مضافاً إلى وقت، فإن كان مطلقاً فلا شك في جوازه إذا استجمع شرائط الجواز وهي ما نذكر إن شاء الله تعالى، غير أنه إن كان الدين على الأصيل حالاً كانت الكفالة حالة، وإن كان الدين عليه مؤجلاً كانت الكفالة مؤجلة، لأن الكفالة بمضمون على الأصيل فتتقيد بصفة المضمون.

وأما المقيد فلا يخلو إما إن كان مقيداً بوصف التأجيل أو بوصف الحلول، فإن كانت الكفالة مؤجلة فإن كان التأجيل إلى وقت معلوم بأن كفل إلى شهر أو سنة جاز، ثم إن كان الدين على الأصيل مؤجلاً إلى أجل مثله يتأجل إليه في حق الكفيل أيضاً، وإن سَمَىٰ الكفيل أجلاً أزيد من ذلك أو أنقص جاز، لأن المطالبة حق للطالب فله أن يتبرع على كل واحد منهما بتأخير حقه، وإن كان الدين عليه حالاً جاز التأجيل إلى الأجل المذكور ويكون ذلك تأجيلاً في حقهما جميعاً في ظاهر الرواية، وروىٰ ابن سماعة عن محمد أنه يكون تأجيلاً في حق الكفيل خاصة.

وجه هذه الرواية: إن الطالب خص الكفيل بالتأجيل فيخص به، كما إذا كفل حالاً أو مطلقاً ثم أخر عنه بعد الكفالة.

وجه ظاهر الرواية: أن التأجيل في نفس العقد يجعل الأجل صفة للدين، والدين واحد وهو على الأصيل فيصير مؤجلاً عليه ضرورة بخلاف ما إذا كان بعد تمام العقد، لأن التأجيل المتأخر عن العقد يؤخر المطالبة وقد خص به الكفيل فلا يتعدى إلى الأصيل.

ولو كان الدين على الأصيل مؤجلاً إلى سنة فكفل به مؤجلاً إلى سنة أو مطلقاً ثم مات الأصيل قبل تمام السنة يحل الدين في ماله، وهو على الكفيل إلى أجله. وكذا لو مات الكفيل دون الأصيل يحل الدين في مال الكفيل وهو على الأصيل إلى أجله، لأن المبطل للأجل وجد في حق أحدهما دون الآخر وإن كان التأجيل إلى وقت مجهول، فإن كان يشبه آجال الناس كالحصاد والدياس والنيروز ونحوه فكفل إلى هذه الأوقات جاز عند أصحابنا، وعند الشافعي رحمه الله لا يجوز.

---

(١) أخرجه البخاري في «صحيحه» في الفرائض، باب قول النبي ﷺ: «من ترك مالاً. .» برقم (٦٧٣١) والبخاري في «صحيحه» في الفرائض، باب من ترك مالاً فلورثته برقم (١٦١٩)، من حديث أبي هريرة رضي الله عنه مرفوعاً.

وجه قوله: أن هذا عقد إلى أجل مجهول فلا يصح كالبيع.

ولنا: أن هذا ليس بجهالة فاحشة فتحملها الكفالة، وهذا لأن الجهالة لا تمنع من جواز العقد لعينها، بل لإفضائها إلى المنازعة بالتقديم والتأخير، وجهالة التقدير والتأخير لا تفضي إلى المنازعة في باب الكفالة لأنه يسامح في أخذ العقد ما لا يسامح في غيره لإمكان استيفاء الحق من جهة الأصيل بخلاف البيع، ولأن الكفالة جوازها بالعرف، والكفالة إلى هذه الآجال متعارفة ولو كانت الكفالة حالة فأخر إلى هذه الأوقات جاز أيضاً لما ذكرنا، وإن كان لا يشبه آجال الناس كمجيء المطر وهبوب الريح فالأجل باطل والكفالة صحيحة، لأن هذه جهالة فاحشة فلا تتحملها الكفالة فلم يصح التأجيل فبطل وبقيت الكفالة صحيحة.

وكذا لو كان على رجل دين فأجله الطالب إلى هذه الأوقات جاز، وإن كان ثمن مبيع ولا يوجب ذلك فساد البيع، لأن تأجيل الدين ابتداء بمنزلة التأخير في الكفالة وذا لا يؤثر في البيع فكذا هذا، هذا إذا كانت الكفالة مؤجلة فأما إذا كانت حالة فإن شرط الطالب الحلول على الكفيل جاز، سواء كان الدين على الأصيل حالاً أو مؤجلاً لما ذكرنا أن المطالبة حق المكفول له فيملك التصرف فيه بالتعجيل والتأجيل، ولو كفل حالاً ثم أجله الطالب بعد ذلك يتأخر في حق الكفيل إذا قبل التأخير دون الأصل، بخلاف ما إذا كان التأجيل في العقد لما ذكرنا من الفرق.

ولو كان الدين على الأصل حالاً فأخره الطالب إلى مدة وقبله المطلوب جاز التأخير ويكون تأخيراً في حق الكفيل. هذا إذا كانت الكفالة مقيدة بوصف فأما إذا كانت معلقة بشرط فإن كان المذكور شرطاً سبباً لظهور الحق أو لوجوبه أو وسيلة إلى الأداء في الجملة جاز بأن قال إن استحق المبيع فأنا كفيل لأن استحقاق المبيع سبب لظهور الحق، وكذا إذا قال إذا قدم زيد فأنا كفيل لأن قدومه وسيلة إلى الأداء في الجملة لجواز أن يكون مكفولاً عنه أو يكون مضاربة، فإن لم يكن سبباً لظهور الحق ولا لوجوبه ولا وسيلة إلى الأداء في الجملة لا يجوز بأن قال إذا جاء المطر أو هبت الريح، أو إن دخل زيد الدار فأنا كفيل، لأن الكفالة فيها معنى التمليك لما ذكرنا، والأصل أن لا يجوز تعليقها بالشرط إلا شرطاً ألحق به تعقل بالظهور أو التوسل إليه في الجملة فيكون ملائماً للعقد فيجوز، ولأن الكفالة جوازها بالعرف والعرف في مثل هذا الشرط دون غيره.

ولو قال: إن قتلك فلان أو إن شجك فلان أو إن غصبك فلان أو إن بايعت فلاناً فأنا ضامن لذلك جاز لأن هذه الأفعال سبب لوجوب الضمان.

ولو قال إن غصبك فلان ضيعتك فأنا ضامن لم يجز عند أبي حنيفة وأبي يوسف وجاز عند محمد بناء على أن غصب العقار لا يتحقق عند أبي حنيفة وعند محمد يتحقق ولو قال من قتلك من الناس، أو من غصبك من الناس أو من شجك من الناس أو من بايعك من الناس لم يجز لا من قبل التعليق بالشرط بل لأن المضمون عنه مجهول، وجهالة المضمون عنه تمنع صحة الكفالة.

ولو قال ضمنت لك ما على فلان إن توى جاز لأن هذا شرط ملائم للعقد لأنه مؤكد لمعنى التوسل إلى ما هو المقصود، وكذا لو قال إن خرج من المصر ولم يعطك فأنا ضامن لما ذكرنا، ولو شرط في الكفالة بالنفس تسليم المكفول به في وقت بعينه جاز لأن هذا تأجيل الكفالة بالنفس إلى وقت معلوم فيصح/

كالكفالة بالمال، وكذا سائر أنواع الكفالات في التعليق بالشرط والتأجيل والإضافة إلى الوقت سواء لأن الكل في معنى الكفالة على السواء.

ولو قال كفلت لك مالك على فلان حالاً على أنك متى طلبته فلي أجل شهر جاز، وإذا طلبته منه فله أجل، ثم إذا مضى الشهر فله أن يأخذه متى شاء. ولو شرط ذلك بعد تمام الكفالة بالمال حالاً لم يجز وله أن يطالبه متى شاء. والفرق أن الموجود ههنا كفالتان إحداهما حالة مطلقة والثانية مؤجلة إلى شهر معلقة بشرط الطلب فإذا وجد الشرط ثبت التأجيل إلى شهر، فإذا مضى الشهر انتهى حكم التأجيل فيأخذه بالكفالة الحالة، هذا معنى قوله في الكتاب يأخذه متى شاء بالطلب الأول بخلاف ما إذا كان التأجيل بالشرط بعد تمام العقد، لأن ذلك تعليق التأجيل بالشرط لا تعليق العقد المؤجل بالشرط، والتأجيل نفسه لا يحتمل التعليق بالشرط فبطل.

ألا ترى أنه إذا كفل إلى قدوم زيد جاز ولو كفل مطلقاً ثم أخر إلى قدوم زيد لم يجز لما ذكرنا، كذا هذا.

ولو كفل بنفس المطلوب على أنه إن لم يواف به غداً فعليه ما عليه وهو الألف فمضى الوقت ولم يواف به فالمال لازم للكفيل لأن هنا كفالتان بالنفس وبالمال إلا أنه كفل بالنفس مطلقاً وعلق الكفالة بالمال بشرط عدم الموافاة بالنفس فكل ذلك جائز.

أما الكفالة بالنفس فلا شك فيها، وكذا الكفالة بالمال لأن هذا شرط ملائم للعقد محقق لما شرع له وهو الوصول إلى الحق من جهة الكفيل عند تعذر الوصول إليه من قبل الأصيل فإذا لم يوجد الشرط لزمه المال وإذا أداه لا يبرأ عن الكفالة بالنفس لجواز أن يدعي عليه مالاً آخر فيلزمه تسليم نفسه، وكذا إذا قال فعليه ما عليه وعليه ألف ولم يسم لأن جهالة قدر المكفول به لا تمنع صحة الكفالة ويلزمه جميع الألف، لأنه أضاف الكفالة إلى ما عليه والألف عليه، وكذا لو كفل لامرأة بصداقها إن لم يواف الزوج وصداقها وصيف فالوصيف لازم للكفيل، لأن الكفالة بالوصيف كفالة بمضمون على الأصيل وهو الزوج، لأن الحيوان يثبت ديناً في الذمة بدلاً عما ليس بمال فيلزم الكفيل ولو كفل بنفس رجل وقال إن لم أوافك به غداً فعليَّ ألف درهم ولم يقل الألف التي عليه أو الألف التي ادعيت والمطلوب ينكر فالمال لازم للكفيل عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وعند محمد رحمه الله لا يلزمه.

وجه قول محمد: أن هذا إيجاب المال معلقاً بالخطر ابتداء لأنه لم توجد الإضافة إلى الواجب ووجوب المال ابتداء لا يتعلق بالخطر، فأما الكفالة بمال ثابت فتتعلق بالخطر ولم يوجد.

وجه قولهما: أن مطلق الألف ينصرف إلى الألف المعهودة وهي الألف المضمونة، مع ما أن في الصرف إلى ابتداء الإيجاب فساد العقد، وفي الصرف إلى ما عليه صحته فالصرف إلى ما فيه صحة العقد أولى.

ولو كفل بنفسه على أن يوافي به إذا ادعى به، فإن لم يفعل فعليه الألف التي عليه جاز لأنه كفل بالنفس مطلقاً وعلق الكفالة بالمال بشرط عدم الموافاة بالنفس عند طلب الموافاة، وهذا شرط ملائم للعقد لما

ذكرنا، فإذا طلب منه المكفول له تسليم النفس، فإن سلم مكانه برىء، لأنه أتى بما التزم وإن لم يسلم فعليه المال لتحقق الشرط وهو عدم الموافاة بالنفس عند الطلب، ولو قال ائتني به عشية أو غدوة وقال الكفيل أنا آتيك به بعد غد، فإن لم يأت به في الوقت الذي طلب المكفول له فعليه المال لوجود شرط اللزوم، وإن أخر المطالبة إلى ما بعد غد كما قاله الكفيل فأتى به فهو بريء من المال لأنه بالتأخير أبطل الطلب الأول فلم يبق التسليم واجباً عليه وصار كأنه طلب منه من الابتداء التسليم بعد غد وقد وجد وبرىء من المال، ولو كفل بالمال وقال: إن وافيتك به غداً فأنا بريء فوافاه من الغد يبرأ من المال في رواية وفي رواية لا يبرأ.

وجه الرواية الأخيرة: إن قوله إن وافيتك به غداً فأنا بريء، تعليق البراءة عن المال بشرط الموافاة بالنفس، والبراءة لا تحتمل التعليق بالشرط لأن فيها معنى التمليك والتمليكات لا يصح تعليقها بالشرط.

وجه الرواية الأولى: أن هذا ليس بتعليق البراءة بشرط الموافاة بل هو جعل الموافاة غاية للكفالة بالمال والشرط قد يذكر بمعنى الغاية لمناسبة بينهما والأول أشبه. ولو شرط في الكفالة بالنفس أن يسلمه إليه في مجلس القاضي جاز لأن هذا شرط مفيد ويكون التسليم في المصر أو في مكان يقدر على إحضاره مجلس القاضي تسليماً إلى القاضي لما نذكر إن شاء الله تعالى.

ولو شرط أن يسلمه إليه في مصر معين يصح التقييد بالمصر بالإجماع إلا أنه لا يصح التعيين عند أبي حنيفة وعندهما يصح على ما نذكر إن شاء الله تعالى.

ولو شرط أن يدفعه إليه عند الأمير لا يتقيد به حتى لو دفعه إليه عند القاضي أو عزل الأمير وولي غيره فدفعه إليه عند الثاني جاز لأن التقييد غير مفيد، ولو كفل بنفسه فإن لم يواف به فعليه ما يدعيه الطالب، فإن ادعى الطالب ألفاً فإن لم يكن عليه بينة لا يلزم الكفيل لأنه لا يلزم بنفس الدعوى شيء فقد أضاف الالتزام إلى ما ليس بسبب اللزوم، وكذا إذا أقر بها المطلوب، لأن إقراره حجة عليه لا على غيره فلا يصدق على الكفيل، ولو قامت البينة عليها أو أقر بها الكفيل فعليه الألف، لأن البينة سبب لظهور الحق، وكذا إقرار الإنسان على نفسه صحيح فيؤاخذ به.

ولو كفل بنفسه على أنه إن لم يواف به إلى شهر فعليه ما عليه فمات الكفيل قبل الشهر وعليه دين ثم مضى الشهر قبل أن يدفع ورثة الكفيل المكفول به إلى الطالب فالمال لازم للكفيل ويضرب الطالب مع الغرماء، أما لزوم المال فلأن الحكم بعد الشرط يثبت مضافاً إلى السبب السابق وهو عند مباشرة السبب صحيح، ولهذا لو كفل وهو صحيح ثم مرض تعتبر الكفالة من جميع المال لا من الثلث، وأما الضرب مع الغرماء فلاستواء الدينين، وكذا لو مات المكفول به ثم مات الكفيل، لأنه إذا مات فقد عجز الكفيل عن تسليم نفسه فوجد شرط لزوم المال بالسبب السابق.

هذا إذا كانت الكفالة معلقة بالشرط فأما إذا كانت مضافة إلى وقت بأن ضمن ما أدان له على فلان أو ما قضى له عليه أو ما داين فلاناً أو ما أقرضه أو ما استهلك من ماله أو ما غصبه أو ثمن ما بايعه صحت هذه الكفالة لأنها أضيفت إلى سبب الضمان، وإن لم يكن الضمان ثابتاً في الحال والكفالة إن كان فيها معنى التمليك فليست بتمليك محض فجاز أن تحتمل الإضافة.

ولو قال كلما بايعت فلاناً فثمنه علي أو ما بايعت أو الذي بايعت يؤاخذ الكفيل بجميع ما بايعه. ولو قال إن بايعت أو إذا بايعت أو متى بايعت يؤاخذ بثمن أول المبايعة لا يؤاخذ بثمن ما بايعه بعدها، لأن كلمة كل لعموم الأفعال وكذا كلمة ما والذي للعموم وقد دخلت على المبايعة فيقتضي تكرار المبايعة ولم يوجد مثل هذه الدلالة في قوله إن بايعت ونظائره والله عز وجل أعلم.

فصل: وأما شرائط الكفالة فأنواع بعضها يرجع إلى الكفيل وبعضها يرجع إلى الأصيل وبعضها يرجع إلى المكفول له وبعضها يرجع إلى المكفول به، ثم منها ما هو شرط الانعقاد ومنها ما هو شرط النفاذ.

أما الذي يرجع إلى الكفيل فأنواع، منها: العقل، ومنها: البلوغ وإنهما من شرائط الانعقاد لهذا التصرف فلا تنعقد كفالة الصبي والمجنون لأنها عقد تبرع فلا تنعقد ممن ليس من أهل التبرع إلا أن الأب أو الوصي لو استدان ديناً في نفقة اليتيم وأمر اليتيم أن يضمن المال عنه جاز.

ولو أمره أن يكفل عنه النفس لم يجز لأن ضمان الدين قد لزمه من غير شرط فالشرط لا يزيده إلا تأكيداً فلم يكن متبرعاً، فأما ضمان النفس وهو تسليم نفس الأب أو الوصي فلم يكن عليه فكان متبرعاً فيه فلم يجز.

ومنها: الحرية وهي شرط نفاذ هذا التصرف فلا تجوز كفالة العبد محجوراً كان أو مأذوناً له في التجارة لأنها تبرع والعبد لا يملكه بدون إذن مولاه ولكنها تنعقد حتى يؤاخذ به بعد العتاق، لأن امتناع النفاذ ما كان لانعدام الأهلية بل لحق المولى وقد زال بخلاف الصبي لأنها غير منعقدة منه لعدم الأهلية فلا تحتمل النفاذ بالبلوغ.

ولو أذن له المولى بالكفالة، فإن كان عليه دين لم يجز، لأن إذنه بالتبرع لم يصح وإن لم يكن عليه دين جازت كفالته وتباع رقبته في الكفالة بالدين إلا أن يفديه المولى، ولا تجوز كفالة المكاتب من الأجنبي لأن المكاتب عبد ما بقي عليه درهم على لسان صاحب الشرع عليه الصلاة والسلام، وسواء أذن له المولى أو لم يأذن، لأن إذن المولى لم يصح في حقه وصح في حق القن ولكنه ينعقد حتى يطالب به بعد العتاق.

ولو كفل المكاتب أو المأذون عن المولى جاز لأنهما يملكان التبرع عليه وأما صحة بدن الكفيل فليس بشرط لصحة الكفالة فتصح كفالة المريض لكن من الثلث لأنها تبرع.

وأما الذي يرجع إلى الأصيل فنوعان:

أحدهما: أن يكون قادراً على تسليم المكفول به إما بنفسه وإما بنائبه عند أبي حنيفة فلا تصح الكفالة بالدين عن ميت مفلس عنده، وعند أبي يوسف ومحمد تصح.

وجه قولهما: أن الموت لا ينافي بقاء الدين لأنه مال حكمي فلا يفتقر بقاؤه إلى القدرة، ولهذا بقي إذا مات ملياً حتى تصح الكفالة به، وكذا بقيت الكفالة بعد موته مفلساً، وإذا مات عن كفيل تصح الكفالة عنه بالدين فكذا يصح الإبراء عنه والتبرع.

وجه قول أبي حنيفة أن الدين عبارة عن الفعل والميت عاجز عن الفعل فكانت هذه كفالة بدين ساقط

فلا تصح كما كفل على إنسان بدين ولا دين عليه إذا مات ملياً فهو قادر بنائبه. وكذا إذا مات عن كفيل، لأنه قائم مقامه في قضاء دينه.

وأما الإبراء والتبرع فهما في الحقيقة إبراء عن المؤاخذة بسبب المماطلة في قضاء الدين والتبرع بتخليص الميت عن المؤاخذة بسبب التقصير بواسطة إرضاء الخصم بهبة هذا القدر منه، فإما أن يكون إبراء عن الدين وتبرعاً بقضائه حقيقة فلا على ما عرف في «**الخلافيات**».

والثاني: أن يكون معلوماً بأن كفل ما على فلان، فأما إذا قال على أحد من الناس أو بعين أو بنفس أو بفعل فلا يجوز، لأن المضمون عليه مجهول، ولأن الكفالة جوازها بالعرف والكفالة على هذا الوجه غير معروفة، فأما حرية الأصيل وعقله وبلوغه فليست بشرط لجواز الكفالة، لأن الكفالة بمضمون ما على الأصل مقدور الاستيفاء من الكفيل وقد وجد.

أما العبد فلأن الدين واجب عليه ويطالب به في الجملة فأشبه الكفالة بالدين المؤجل. وأما الصبي والمجنون فلأن الدين في ذمتهما والولي مطالب به في الحال ويطالبان أيضاً في الجملة وهو ما بعد البلوغ والإفاقة فتجوز الكفالة عن العبد وإن كان محجوراً وعن الصبي والمجنون إلا أن الكفيل لا يملك الرجوع عليهم بما أدى، وإن كانت الكفالة بإذنهم لما نذكر في موضعه إن شاء الله تعالى.

وكذا لا يشترط حضرته فتجوز الكفالة عن غائب أو محبوس لأن الحاجة إلى الكفالة في الغالب في مثل هذه الأحوال فكانت الكفالة فيهما أجوز ما يكون، وأما الذي يرجع إلى المكفول له فأنواع:

منها: أن يكون معلوماً حتى إنه إذا كفل لأحد من الناس لا تجوز، لأن المكفول له إذا كان مجهولاً لا يحصل ما شرع له الكفالة وهو التوثق، ومنها أن يكون في مجلس العقد وأنه شرط الانعقاد عند أبي حنيفة ومحمد إذا لم يقبل عنه حاضر في المجلس حتى إن من كفل لغائب عن المجلس فبلغه الخبر فأجاز لا تجوز عندهما إذا لم يقبل عنه حاضر.

وعن أبي يوسف: روايتان وظاهر إطلاق محمد في الأصل أنها جائزة على قوله الآخر يدل على أن المجلس عنده ليس بشرط أصلاً لا شرط النفاذ ولا شرط الانعقاد، لأن محمداً ربما يطلق الجواز على النافذ، فأما الموقوف فنسميه باطلاً إلا أن يجيز وهذا الإطلاق صحيح، لأن الجائز هو النافذ في اللغة يقال جاز السهم إذا نفذ.

وجه قول أبي يوسف: الآخر ما ذكرنا في صدر الكتاب أن معنى هذا العقد لغة وشرعاً وهو الضم والالتزام يتم بإيجاب الكفيل فكان إيجابه كل العقد، والدليل عليه مسألة المريض.

وجه قولهما ما ذكرنا أن فيه معنى التمليك والتمليك لا يقوم إلا بالإيجاب والقبول فكان الإيجاب وحده شطر العقد فلا يقف على غائب عن المجلس كالبيع مع ما أنا نعمل بالشبهين جميعاً فنقول شبه الالتزام يحتمل الجهالة والتعليق بالشرط والإضافة إلى الوقت ولشبه التمليك لا يقف على غائب عن المجلس اعتباراً للشبهين بقدر الإمكان.

وأما مسألة المريض فقد قال بعض مشايخنا: أن جواز الضمان هناك بطريق الإيصاء بالقضاء عنه بعد موته لا بطريق الكفالة ويكون قوله: اضمنوا عني إيصاء منه إليهم بالقضاء عنه حتى لو مات ولم يترك شيئاً لا يلزم الورثة شيء فعلى هذا لا يلزم وبعضهم أجازوه على سبيل الكفالة.

ووجهه ما أشار إليه أبو حنيفة عليه الرحمة في الأصل وقال هو بمنزلة المعبر عن غرمائه، وشرح هذه الإشارة والله عز وجل أعلم أن المريض مرض الموت يتعلق الدين بماله ويصير بمنزلة الأجنبي عنه حتى لا ينفذ منه التصرف المبطل لحق الغريم.

ولو قال أجنبي للورثة: اضمنوا لغرماء فلان عنه فقالوا: ضمنا يكتفىٰ به فكذا المريض والله عز وجل أعلم.

ومنها: وهو تفريع على مذهبهما أن يكون عاقلاً فلا يصح قبول المجنون والصبي الذي لا يعقل لأنهما ليسا من أهل القبول ولا يجوز قبول وليهما عنهما لأن القبول يعتبر ممن وقع له الإيجاب ومن وقع له الإيجاب ليس من أهل القبول ومن قبل لم يقع الإيجاب له فلا يعتبر قبوله.

وأما حرية المكفول له فليست بشرط لأن العبد من أهل القبول.

وأما الذي يرجع إلى المكفول به فنوعان:

أحدهما: أن يكون المكفول به مضموناً على الأصيل سواء كان ديناً أو عيناً أو نفساً أو فعلاً ليس بدين، ولا عين ولا نفس عند أصحابنا إلا أنه يشترط في الكفالة بالعين أن تكون مضمونة بنفسها.

وجملة الكلام فيه: أن المكفول به أربعة أنواع: عين ودين ونفس وفعل ليس بدين ولا عين ولا نفس.

أما العين فنوعان: عين هي أمانة، وعين هي مضمونة، أما العين التي هي أمانة فلا تصح الكفالة بها سواء كانت أمانة غير واجبة التسليم كالودائع ومال الشركات والمضاربات أو كانت أمانة واجبة التسليم كالعارية والمستأجر في يد الأجير لأنه أضاف الكفالة إلى عينها وعينها ليست بمضمونة، وله كفل بتسليم المستعار والمستأجر عن المستعير والمستأجر جاز، لأنهما مضمونا التسليم عليهما فالكفالة أضيفت إلى مضمون على الأصيل وهو فعل التسليم فصحت.

وأما العين المضمونة فنوعان: مضمون بنفسه كالمغصوب والمقبوض بالبيع الفاسد والمقبوض على سوم الشراء ومضمون بغيره كالمبيع قبل القبض والرهن فتصح الكفالة بالنوع الأول، لأنه كفالة بمضمون بنفسه.

ألا ترى أنه يجب رد عينه حال قيامه ورد مثله أو قيمته حال هلاكه فيصير مضموناً على الكفيل على هذا الوجه أيضاً ولا تصح بالنوع الثاني، لأن المبيع قبل القبض مضمون بالثمن لا بنفسه.

ألا ترى أنه إذا هلك في يد البائع لا يجب عليه شيء ولكن يسقط الثمن عن المشتري.

وكذا الرهن غير مضمون بنفسه بل بالدين، ألا يرى أنه إذا هلك لا يجب على المرتهن شيء ولكن يسقط الدين عن الراهن بقدره.

وأما الفعل فهو فعل التسليم في الجملة فتجوز الكفالة بتسليم المبيع والرهن لأن المبيع مضمون التسليم على البائع والرهن مضمون التسليم على المرتهن في الجملة بعد قضاء الدين فكان المكفول به مضموناً على الأصيل وهو فعل التسليم فصحت الكفالة به لكنه إذا هلك لا شيء على الكفيل لأنه لم يبق مضموناً على الأصيل فلا يبقى على الكفيل.

ولو استأجر دابة للحمل فكفل رجل بالحمل، فإن كانت الدابة بعينها لم تجز الكفالة بالحمل، وإن كانت بغير عينها جازت، لأن في الوجه الأول الواجب على الآجر فعل تسليم الدابة دون الحمل فلم تكن الكفالة بالحمل كفالة بمضمون على الأصيل فلم تجز.

وفي الوجه الثاني: الواجب عليه فعل الحمل دون تسليم الدابة فكانت الكفالة بالحمل كفالة بفعل هو مضمون على الأصيل فجازت، وعلى هذا إذا كفل بنفس من عليه الحق جاز عند أصحابنا، لأن الكفالة بالنفس كفالة بالفعل وهو تسليم النفس وفعل التسليم مضمون على الأصيل فقد كفل بمضمون على الأصيل فجاز، وكذا إذا كفل برأسه أو بوجهه أو برقبته أو بروحه أو بنصفه.

والأصل فيه: أنه إذا أضاف الكفالة إلى جزء جامع كالرأس والوجه والرقبة ونحوها جازت، لأن هذه الأجزاء يعبر بها عن جملة البدن فكان ذكرها ذكراً للبدن كما في باب الطلاق والعتاق.

وكذا إذا أضاف إلى جزء شائع كالنصف والثلث ونحوهما جازت لأن حكم الكفالة بالنفس وجوب تسليم النفس بثبوت ولاية المطالبة والنفس في حق وجوب التسليم لا تتجزأ، وذكر بعض ما لا يتجزأ شرعاً ذكر لكله كما في الطلاق والعتاق، وإذا أضافها إلى اليد أو الرجل ونحوهما من الأجزاء المعينة لا تجوز، لأن هذه الأعضاء لا يعبر بها عن جميع البدن وهي في حكم الكفالة متجزئة فلا يكون ذكرها ذكراً لجميع البدن كما في الطلاق والعتاق، ولو قال في الكفالة بالنفس هو علي جاز لأن هذا صريح في التزام تسليم النفس.

وكذا إذا قال: أنا ضامن لوجهه لأن الوجه جزء جامع، ولو قال أنا ضامن لمعرفته لا تصح، لأن المعرفة لا تحتمل أن تكون مضمونة على الأصيل، ولو قال للطالب أنا ضامن لك لم يصح لأن المضمون غير معلوم أصلاً. ثم ما ذكرنا من الكفالة بالنفس والعين والفعل أنها صحيحة وما ذكرنا من التفريعات عليها مذهب أصحابنا، وقال الشافعي رحمه الله: إنها غير صحيحة.

وجه قوله: أن الكفالة أضيفت إلى غير محلها فلا تصح ودلالة ذلك أن الكفالة التزام الدين فكان محلها الدين فلم توجد والتصرف المضاف إلى غير محله باطل، ولأن القدرة على تسليم المكفول به شرط جواز الكفالة والقدرة على الإعتاق لا تتحقق.

ولنا قوله عز وجل: ﴿وَلِمَن جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ﴾[1] أخبر الله عز شأنه عن الكفالة بالعين عن الأمم السالفة ولم يغير والحكيم إذا حكى عن منكر غيره ولأن هذا حكم لم يعرف له مخالف من عصر الصحابة والتابعين إلى زمن الشافعي رحمه الله فكان الإنكار خروجاً عن الإجماع فكان باطلاً، ولما ذكرنا أن

---

(١) سورة يوسف، الآية: (٧٢).

هذه الكفالة أضيفت إلى مضمون على الأصيل مقدور الاستيفاء من الكفيل فتصح أصله الكفالة بالدين.

وقوله: الكفالة التزام الدين ممنوع بل هي التزام المطالبة بمضمون على الأصيل وقد يكون ذلك ديناً وقد يكون عيناً والعين مقدورة التسليم في حق الأصيل كالدين. عبد مقر بالرق في يد رجل فأخذ منه المولى كفيلاً بنفسه فأبق فهو باطل لأنه كفل بما ليس بمضمون.

وكذا لو كفل بعد إباقه لما قلنا، وكذا لو ادعى رجل على إنسان أنه عبده وأنكر المدعىٰ عليه وزعم أنه حر وكفل رجل بنفسه حتى لو أقام البينة على أنه عبده فمات المدعى عليه لا شيء على الأصيل لما ذكرنا، ولو كان المدعي في يد ثالث فقال أنا ضامن لك قيمة هذا إن استحقيته صحت الكفالة حتى لو أقام البينة على أنه عبده فمات المدعى عليه فالكفيل ضامن كل قيمته لأن بإقامة البينة تبين أنه كفل بمضمون صبي في يد رجل يدعي أنه ابنه وادعى رجل آخر أنه عبده فضمن له إنسان فأقام المدعي البينة وقد مات الصبي فالكفيل ضامن لما ذكرنا أنه لما قامت البينة تبين أنه كفيل بمضمون.

وعن محمد فيمن ادعى على إنسان أنه غصبه عبداً فقبل أن يقيم البينة قال رجل: أنا ضامن بالعبد الذي يدعي فهو ضامن حتى يأتي بالعبد فيقيم البينة عليه لأنه كفل بمضمون على الأصيل وهو إحضاره مجلس القاضي، فإن هلك واستحقه ببينة فهو ضامن لقيمته، لأنه تبين أنه كفل بمضمون بعين مضمون بنفسه.

ولو ادعى أنه غصبه ألف درهم واستهلكها أو عبداً ومات في يده، فقال رجل خله فأنا ضامن المال أو لقيمة العبد فهو ضامن يأخذه به من ساعته ولا يقف على إقامة البينة، لأن بقوله أنا ضامن لقيمة العبد أقر بكون القيمة واجبة على الأصيل فقد كفل بمضمون على الأصيل فلا يقف على البينة بخلاف الفصل الأول، لأن هناك ما عرف وجوب القيمة بإقراره بل بإقامة البينة فتوقف عليها.

والنوع الثاني: أن يكون المكفول به مقدور الاستيفاء على الكفيل ليكون العقد مفيداً فلا تجوز الكفالة بالحدود والقصاص لتعذر الاستيفاء من الكفيل فلا تفيد الكفالة فائدتها، وههنا شرط ثالث لكنه يخص الدين وهو أن يكون لازماً فلا تصح الكفالة عن المكاتب لمولاه ببدل الكتابة لأنه ليس بدين لازم لأن المكاتب يملك إسقاط الدين عن نفسه بالتعجيز لا بالكسب بمضمون.

وتجوز الكفالة بنفس من عليه القصاص في النفس وما دونها وبحد القذف والسرقة إذا بذلها المطلوب فأعطاه بها كفيلاً بلا خلاف بين أصحابنا، وهو الصحيح لأنه كفالة بمضمون على الأصيل مقدور الاستيفاء من الكفيل فتصح كالكفالة بتسليم نفس من عليه الدين وإنما الخلاف أنه إذا امتنع من إعطاء الكفيل عند الطلب هل يجبره القاضي عليه، قال أبو حنيفة: لا يجبره، وقال أبو يوسف ومحمد: يجبره.

وجه قولهما: أن نفس من عليه القصاص والحد مضمون التسليم عليه عند الطلب كنفس من عليه الدين، ثم تصح الكفالة بنفس من عليه الدين ويجبر عليها عند الطلب فكذا هذا.

ولأبي حنيفة: أن الكفالة شرعت وثيقة والحدود مبناها على الدرء فلا يناسبها التوثيق بالجبر على الكفالة ولا يلزمه الحبس في الحدود والقصاص قبل تزكية الشهود والحبس توثيق، لأن الحبس للتهمة لا للتوثيق لأن شهادة شاهدين أو شاهد واحد لا تخلو عن إيراث تهمة فكان الحبس لأجل التهمة دون التوثيق،

ويجوز الجبر على إعطاء الكفيل في التعزير لأنه لا يحتال لدرئه لكونه حق العبد.

وأما الدين فتصح الكفالة به بلا خلاف لأنه مضمون على الأصيل مقدور الاستيفاء من الكفيل.

والنوع الثالث: أن يكون المكفول به مقدور الاستيفاء من الكفيل ليكون العقد مفيداً فلا تجوز الكفالة بالحدود والقصاص لتعذر الاستيفاء من الكفيل فلا تفيد الكفالة فائدتها، وههنا شرط ثالث لكنه يخص الدين وهو أن يكون لازماً فلا تصح الكفالة عن المكاتب لمولاه ببدل الكتابة لأنه ليس بدين لازم لأن المكاتب يملك إسقاط الدين عن نفسه بالتعجيز لا بالكسب فلو أجزنا الكفالة ببدل الكتابة لكان لا يخلو.

إما أن يملك الكفيل إسقاطه عن نفسه كما يملك الأصيل، وإما أن لا يملك فإن ملك لا تفيد الكفالة، وإن لم يملك لم يكن هذا التزام ما على الأصيل فلا يتحقق التصرف كفالة ولأنا لو أجزنا هذه الكفالة لكان الدين على الكفيل ألزم منه على الأصيل، لأن المكاتب إذا مات عاجزاً بطل عنه الدين.

ولو مات الكفيل عاجزاً مفلساً لم يبطل عنه الدين فكان الحق على الكفيل ألزم منه على الأصيل، وهذا خلاف ما توجبه الأصول، ولأن الكفالة جوازها بالعرف فلا تجوز فيما لا عرف فيه ولا عرف في الكفالة ببدل الكتابة.

وكذا لا تجوز الكفالة عن المكاتب لمولاه بسائر الديون سوى دين الكتابة لأن غيره من الديون إنما وجب للمولى عليه بمشيئته، ألا ترى أنه لولا لزوم الكتابة عليه لما وجب عليه دين آخر فكان دين الكتابة أصلاً لوجوب دين آخر عليه فلما لم تجز الكفالة بالأصل فلأن لا تجوز بالفرع أولى وأحرى.

ولا تجوز الكفالة ببدل السعاية عند أبي حنيفة، وعندهما تجوز بناء على أن المستسعى بمنزلة المكاتب عنده، وعندهما بمنزلة حر عليه دين وكون المكفول به معلوم الذات في أنواع الكفالات أو معلوم القدر في الدين ليس بشرط حتى لو كفل بأحد شيئين غير عين بأن كفل بنفس رجل أو بما عليه، وهو ألف جاز وعليه أحدهما أيهما شاء لأن هذه جهالة مقدورة الدفع بالبيان فلا تمنع جواز الكفالة.

وكذا إذا كفل بنفس رجل أو بما عليه أو بنفس رجل آخر أو بما عليه جاز ويبرأ بدفع واحد منهما إلى الطالب.

ولو كفل عن رجل بما لفلان عليه أو بما يدركه في هذا البيع جاز، لأن جهالة قدر المكفول به لا تمنع صحة الكفالة، قال الله تعالى جل شأنه: ﴿وَلِمَن جَاءَ بِهِ حِملُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ﴾[1] أجاز الله تعالى عز شأنه الكفالة بحمل البعير مع أن الحمل يحتمل الزيادة والنقصان والله عز وجل أعلم.

ولو ضمن رجل بالعهدة فضمانه باطل عند أبي حنيفة وعندهما صحيح.

وجه قولهما أن ضمان العهدة في متعارف الناس ضمان الدرك وهو ضمان الثمن عند استحقاق المبيع وذلك جائز بلا خلاف بين أصحابنا، ولأبي حنيفة رحمه الله أن العهدة تحتمل الدرك وتحتمل الصحيفة وهو الصك وأحدهما وهو الصك غير مضمون على الأصيل فدارت الكفالة بالعهدة بين أن تكون بمضمون وغير

(١) سورة يوسف، الآية: (٧٢).

مضمون فلا تصح مع الشك فلم يكن عدم الصحة عنده لجهالة المكفول به بل لوقوع الشك في وجود شرط الجواز وهو كونه مضموناً على الأصيل وضمان الدرك هو ضمان الثمن عند استحقاق المبيع، وإذا استحق المبيع يخاصم المشتري البائع أولاً، فإذا قضىٰ عليه بالثمن يكون قضاء على الكفيل وله أن يأخذ من أيهما شاء وليس له أن يخاصم الكفيل أولاً في ظاهر الرواية، وروي عن أبي يوسف أنه قال الكفيل يكون خصماً.

هذا إذا كان المبيع ما سوى العبد فإن كان عبداً فظهر أنه حر بالبينة فللمشتري أن يخاصم أيهما شاء بالإجماع، ولو انفسخ البيع بينهما بما سوى الاستحقاق بالرد بالعيب أو بخيار الشرط أو بخيار الرؤية لا يؤاخذ به الكفيل لأن ذلك ليس من الدرك.

ولو أخذ المشتري رهناً بالدرك لا يصح بخلاف الكفالة بالدرك، والفرق عرف في موضعه، ولو بنى المشتري في الدار بناء، ثم استحقت الدار ونقض عليه البناء فللمشتري أن يرجع على بائعه بالثمن وبقيمة بنائه مبنياً إذا سلم النقض إلى البائع وإن لم يسلم لا يرجع عليه إلا بالثمن خاصة في ظاهر الرواية، وروي عن أبي يوسف أنه يرجع عليه بالثمن وبقيمة البناء والتالف.

ولو سلم النقض إلى البائع وقضىٰ عليه بالثمن وقيمة البناء مبنياً له أن يأخذ أيهما شاء بالثمن ويأخذ البائع بقيمة البناء في ظاهر الرواية، وذكر الطحاوي أنه يأخذ أيهما شاء بهما جميعاً إن شاء أخذهما من البائع وإن شاء أخذهما من الكفيل بالدرك ثم يرجع الكفيل على البائع إن كانت الكفالة بأمره، جعل الطحاوي قيمة البناء بمنزلة الثمن وهو غير سديد لأن المفهوم من الدرك ضمان المشتري في متعارف الناس فلا تكون قيمة البناء داخلة تحت الكفالة بالدرك.

وكذلك لو كان المبيع جارية فاستولدها المشتري ثم استحقها رجل وأخذ منه قيمة الجارية وقيمة الولد والعقر، فإن المشتري يأخذ الثمن من أيهما شاء ولا يؤاخذ الكفيل بقيمة الولد، وللمشتري أن يأخذ قيمة الولد من البائع خاصة لأنه لم يدخل تحت الكفالة بالدرك والله عز وجل أعلم، ولو كفل بماله على فلان فقامت البينة عليه بألف ضمنها الكفيل لأنه تبين أنه كفل بمضمون على الأصيل، وإن لم تقم البينة فالقول قول الكفيل مع يمينه في مقدار ما يقر به أما القول قوله في المقر به لأنه مال لزم بالتزامه فيصدق في القدر الملتزم كما إذا أقر على نفسه بمال مجهول.

وأما اليمين فلأنه منكر الزيادة والقول قول المنكر مع يمينه في الشرع، ولو أقر المكفول عنه بأكثر مما أقر به لم يصدقه على كفيله لأن إقرار الإنسان حجة في حق نفسه لا في حق غيره، لأنه مقر في حق نفسه مدع في حق غيره ولا يظهر صدق المدعي إلا بحجة.

فصل: وأما بيان حكم الكفالة فنقول وبالله التوفيق: للكفالة حكمان: **أحدهما:** ثبوت ولاية مطالبة الكفيل بما على الأصيل عند عامة مشايخنا، ويطرد هذا الحكم في سائر أنواع الكفالات، لأن الكل في احتمال هذا الحكم على السواء وإنما يختلف محل الحكم من العين والدين والفعل فيطالب الكفيل بالدين بدين واجب على الأصيل لا عليه فالدين على واحد والمطالب به اثنان غير أن الكفيل إن كان واحداً يطالب بكل الدين.

وإن كان به كفيلان والدين ألف يطالب كل واحد منهما بخمسمائة إذا لم يكفل كل واحد منهما عن صاحبه لأنهما استويا في الكفالة والمكفول به يحتمل الانقسام فينقسم عليهما في حق المطالبة كما في الشراء ويطالب الكفيل بالنفس بإحضار المكفول بنفسه إن لم يكن غائباً.

وإن كان غائباً يؤخذ الكفيل إلى مدة يمكنه إحضاره فيها، فإن لم يحضر في المدة ولم يظهر عجزه للقاضي حبسه إلى أن يظهر عجزه له، فإذا علم القاضي ذلك بشهادة الشهود أو غيرها أطلقه وأنظره إلى حال القدرة على إحضاره لأنه بمنزلة المفلس لكن لا يحول بين الطالب والكفيل بل يلازمه من الطالب، ولا يحول الطالب أيضاً بينه وبين أشغاله ولا يمنعه من الكسب وغيره ويطالب الكفيل بالعين بتسليم عينها إن كانت قائمة ومثلها أو قيمتها إن كانت هالكة، ويطالب الكفيل بتسليم العين وبالفعل بهما.

وقال بعض مشايخنا إن حكم الكفالة بالدين وجوب أصل الدين على الكفيل والمطالبة مرتبة عليه فيطالب الكفيل بدين واجب عليه لا على الأصلي كما يطالب الأصيل بدين عليه لا على الكفيل فيتعدد الدين حسب تعدد المطالبة، وبه أخذ شيخه الإمام الشافعي رحمه الله. وزعم أن هذا يمنع من صحة الكفالة بالأعيان المضمونة والنفس والفعل، لأن هذا الحكم لا يتحقق في الكفالة بغير الدين. وهذا غير سديد لأن الكفالات أنواع لكل نوع حكم على حدة، فانعدام حكم نوع منها لا يدل على انعدام حكم نوع آخر، فأما براءة الأصيل فليس حكم الكفالة عند عامة العلماء، والطالب بالخيار إن شاء طالب الأصيل وإن شاء طالب الكفيل، إلا إذا كانت الكفالة بشرط براءة الأصيل، لأنها حوالة معنى أو كانت مقيدة بما عليه من الدين، لأنها في معنى الحوالة أيضاً.

وقال ابن أبي ليلى إن الكفالة توجب براءة الأصيل، والصحيح قول العامة لأن الكفالة تنبىء عن الضم، وهو ضم دمة إلى ذمة في حق المطالبة بما على الأصيل أو في حق أصل الدين والبراءة تنافي الضم، ولأن الكفالة لو كانت مبرئة لكانت حوالة، وهما متغايران، لأن تغاير الأسامي دليل تغاير المعاني في الأصل وأيهما اختار مطالبته لا يبرأ الآخر بل يملك مطالبته.

فرق بين هذا وبين غاصب الغاصب إن للمالك أن يضمن أيهما شاء، فإذا اختار تضمين أحدهما لا يملك اختيار تضمين الآخر.

ووجه الفرق: أن المضمونات تملك عند اختيار الضمان فإذا اختار تضمين أحدهما فقد هلك المضمون فلا يملك الرجوع عنه، وهذا المعنى هنا معدوم، لأن اختيار الطالب مطالبة أحدهما بالمضمون لا يتضمن ملك المضمون فهو الفرق، وكذا فرقوا بين هذا وبين العبد المشترك بين اثنين أعتقه أحدهما وهو موسر، حتى يثبت للشريك الساكت اختيار تضمين المعتق واستسعاء العبد، فاختيار أحدهما يبطل اختيار الآخر لأنه لما اختار الضمان صار نصيبه منقولاً إلى المعتق عند اختياره لأن المضمونات تملك عند اختيار الضمان، فلو اختار الاستسعاء يسعى وهو رقيق وإنما يعتق كله بأداء السعاية وبينهما تناف ولا تنافيَ ههنا لأن الطالب لا يملك المضمون باختيار المطالبة فيملك مطالبة الآخر والثاني ثبوت ولاية مطالبة الكفيل الأصيل إذا كانت الكفالة بأمره في الأنواع كلها.

ثم إذا كانت الكفالة بالنفس فطالب الكفيل بتسليم نفسه إلى الطالب إذا طالبه، وإن كانت بالعين المضمونة يطالب بتسليم عينها إذا كانت قائمة وتسليم مثلها أو قيمتها إذا كانت هالكة إذا طولب به. وإن كانت بفعل التسليم والحمل يطالب بهما، وإن كانت بدين يطالبه بالخلاص إذا طولب فكما طولب الكفيل طالب هو المكفول عنه بالخلاص، وإن حبس فله أن يحبس المكفول عنه لأنه هو الذي أوقعه في هذه العهدة فكان عليه تخليصه منها.

وإن كانت الكفالة بغير أمره فليس للكفيل حق ملازمة الأصيل إذا لوزم ولا حق الحبس إذا حبس، وليس له أن يطالب بالمال قبل أن يؤدي هو، وإن كانت الكفالة بأمره، لأن ولاية المطالبة إنما تثبت بحكم القرض والتمليك على ما نذكره، وكل ذلك يقف على الأداء ولم يوجد، بخلاف الوكيل بالشراء أن له ولاية مطالبة الموكل بالثمن بعد الشراء قبل أن يؤدي هو من مال نفسه لأن هناك الثمن يقابل المبيع، والملك في المبيع كما وقع وقع للموكل فكأن الثمن عليه فكان له أن يطالبه به، وهنا المطالبة بسبب القرض أو التمليك ولم يوجد هنا، وإذا أدى كان له أن يرجع عليه إذا كانت الكفالة بأمره، لأن الكفالة بالأمر في حق المطلوب استقراض وهو طلب القرض من الكفيل، والكفيل بأداء المال مقرض من المطلوب ونائب عنه في الأداء إلى الطالب، وفي حق الطالب تمليك ما في ذمة المطلوب من الكفيل بما أخذ من المال والمقرض يرجع على المستقرض بما أقرضه والمشتري يملك الشراء بالبيع لا غير هذا.

فصل: وأما بيان ما يخرج به الكفيل عن الكفالة فنقول وبالله تعالى التوفيق. أما الكفيل بالمال فإنما يخرج عن الكفالة بأحد أمرين، أحدهما أداء المال إلى الطالب أو ما هو في معنى الأداء، سواء كان الأداء من الكفيل أو من الأصيل لأن حق المطالبة للتوصل إلى الأداء، فإذا وجد فقد حصل المقصود فينتهي حكم العقد، وكذا إذا وهب الطالب المال من الكفيل أو من الأصيل لأن الهبة بمنزلة الأداء لما ذكرنا.

وكذا إذا تصدق به على الكفيل أو على الأصيل لأن الصدقة تمليك كالهبة فكان هو وأداء المال سواء كالهبة.

والثاني الإبراء وما هو في معناه فإذا أبرأ الطالب الكفيل أو الأصيل خرج عن الكفالة، غير أنه إذا أبرأ الكفيل لا يبرأ الأصيل، وإذا أبرأ الأصيل يبرأ الكفيل لأن الدين على الأصيل لا على الكفيل، إنما عليه حق المطالبة فكان إبراء الأصيل إسقاط الدين عن ذمته، فإذا سقط الدين عن ذمته يسقط حق المطالبة ضرورة، لأن المطالبة بالدين ولا دين محال.

فأما إبراء الكفيل فإبراؤه عن المطالبة لا عن الدين إذ لا دين عليه وليس من ضرورة إسقاط حق المطالبة عن الكفيل سقوط أصل الدين عن الأصيل، لكن يخرج الكفيل عن الكفالة، لأن حكم الكفالة حق المطالبة عن الكفيل فإذا سقط تنتهي، إلا أن إبراء الأصيل يرتد بالرد وكذا الهبة منه أو التصدق عليه، وإبراء الكفيل لا يرتد بالرد والهبة منه والتصدق عليه، والفرق بين هذه الجملة يعرف في موضعه إن شاء الله تعالى.

وإذا ارتدت هذه التصرفات برد الأصيل عاد الدين إلى ذمته، وهل تعود المطالبة بالدين إلى الكفيل؟ اختلف المشايخ فيه.

ولو أبرأ الأصيل أو وهب منه بعد موته فرد ورثته عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وعند محمد رحمه الله لا يرتد.

وجه قوله: أن هذا بمنزلة ما لو أبرأه حال حياته ثم مات قبل الرد وهناك لا يرتد برد الورثة فكذا هذا.

ولهما: أن إبراءه بعد موته إبراء لورثته لأنهم يطالبون بدينه من ماله بعد موته وإبراء الورثة يرتد بردهم بخلاف حال الحياة لأنهم لا يطالبون بدينه بوجه فاقتصر حكم الإبراء عليه فلا يرتد برد الورثة.

وكذا لو قال الطالب للكفيل: برئت إلي من المال، لأن هذا إقرار بالقبض والاستيفاء لأنه جعل نفسه غاية لبراءته والبراءة التي هي غايتها نفسه هي براءة القبض والاستيفاء وبرئا جميعاً؛ لأن استيفاء الدين يوجب براءتهما جميعاً فيرجع الكفيل على الأصيل إذا كانت الكفالة بأمره لما ذكرنا.

ولو قال: برئت من المال ولم يقل إليّ فكذلك عند أبي يوسف، وهذا وقوله برئت إلى سواء عنده، وعند محمد يبرأ الكفيل دون الأصيل، وهذا وقوله أبرأتك سواء عنده.

وجه قول محمد: أن البراءة عن المال قد تكون بالأداء وقد تكون بالإبراء فلا تحمل على الأداء إلا بدليل زائد وقد وجد ذلك في الفصل الأول وهو قوله إلي، لأن ذلك ينبىء عن معنى الأداء لما ذكرنا، ولم يوجد هنا فيحمل على الإبراء لأن البراءة حكم الإبراء في الأصل.

وجه قول أبي يوسف: أن البراءة المضافة إلى المال تستعمل في الأداء عرفاً وعادة فتحمل عليه، ولا يجوز تعليق البراءة من الكفالة بشرط، لأن البراءة فيها معنى التمليك والتمليك لا يحتمل التعليق بالشرط، ولو أحال الكفيل الطالب بمال الكفالة على رجل وقبله الطالب فالمحتال عليه يخرج عن الكفالة عند أصحابنا الثلاثة.

وكذا إذا أحاله المطلوب بمال الكفالة على رجل وقبله، لأن الحوالة مبرئة عن الدين والمطالبة جميعاً عند عامة مشايخنا، وعند بعضهم مبرئة عن المطالبة وإبراء الكفيل.

والأصيل مخرج عن الكفالة لما ذكرنا، وعند زفر لا يخرج الكفيل عن الكفالة بالحوالة، لأن الحوالة عنده ليست بمبرئة أصلاً لما يأتي في كتاب الحوالة إن شاء الله تعالى.

وكذلك الكفيل يخرج عن الكفالة بالصلح كما يخرج بالحوالة بأن يصالح الكفيل الطالب على بعض المدعىٰ لأن الصلح على جنس المدعىٰ إسقاط بعض الحق فكان فيه معنى الإبراء وعلى خلاف الجنس معاوضة فكان في معنى الإبراء وكل ذلك يخرج عن الكفالة غير أن في حالين يبرأ الكفيل والأصيل جميعاً وفي حال يبرأ الكفيل دون الأصيل.

أما الحالتان اللتان برىء فيهما الكفيل والأصيل جميعاً:

إحداهما: أن يقول الكفيل للطالب صالحتك من الألف على خمسمائة على أني والمكفول عنه برئان من الخمسمائة الباقية ويكون الطالب في الخمسمائة التي وقع عليها الصلح بالخيار إن شاء أخذها من الكفيل، ثم الكفيل يرجع بها على الأصيل وإن شاء أخذها من الأصيل.

والثانية: أن يقول صالحتك على خمسمائة مطلقاً عن شرط البراءة أصلاً لما ذكرنا قبل هذا أن الإبراء المضاف إلى المال المجرد عن شرط البراءة المضافة إلى الكفيل إبراء عن الدين والدين واحد، فإذا سقط عن الأصيل سقطت المطالبة عن الكفيل.

وأما الحوالة التي يبرأ الكفيل فيها دون الأصيل فهي أن يقول الكفيل للطالب صالحتك على أني بريء من الخمسمائة وقد بينا الفرق من قبل والطالب بالخيار إن شاء أخذ جميع دينه من الأصيل، وإن شاء أخذ من الكفيل خمسمائة، ومن الأصيل خمسمائة ثم يرجع الكفيل على الأصيل بما أدى إن كان الصلح بأمره.

وأما الكفيل بالنفس فيخرج عن الكفالة بثلاثة أشياء:

أحداها: تسليم النفس إلى الطالب وهو التخلية بينه وبين المكفول بنفسه في موضع يقدر على إحضاره مجلس القاضي، لأن التسليم في مثل هذا الموضع محصل للمقصود من العقد وهو إمكان استيفاء الحق بالمرافعة إلى القاضي، فإذا حصل المقصود ينتهي حكمه فيخرج عن الكفالة.

ولو سلمه في صحراء أو برية لا يخرج لأنه لم يحصل المقصود، ولو سلم في السوق أو في المصر يخرج سواء أطلق الكفالة أو قيدها بالتسليم في مجلس القاضي أما إذا أطلق فظاهر لأنه يتقيد بمكان يقدر على إحضاره مجلس القاضي بدلالة الغرض، وكذا إذا قيد لأن التسليم في هذه الأمكنة تسليم في مجلس القاضي بواسطة، ولو شرط أن يسلمه في مصر معين فسلمه في مصر آخر يخرج عن الكفالة عند أبي حنيفة، وعندهما لا يخرج عنها إلا أن يسلمه في المصر المشروط.

وجه قولهما: أن التقييد بالمصر مفيد لجواز أن يكون للطالب بينة يقدر على إقامتها فيه دون غيره فكان التعيين مفيداً فيتقيد به.

وجه قول أبي حنيفة رحمه الله ما ذكرنا: أن المقصود من تسليم النفس هو الوصول إلى الحق بالمرافعة إلى القاضي وهذا الغرض ممكن الاستيفاء من كل قاض فلا يصح التعيين، ولو سلمه في السواد ولا قاضي فيه لا يخرج عن الكفالة لأن التسليم في مثل هذا المكان لا يصلح وسيلة إلى المقصود فكان وجوده وعدمه بمنزلة واحدة، ولو شرط أن يدفعه إليه عند الأمير فدفعه إليه عند القاضي يخرج عن الكفالة.

وكذا إذا عزل الأمير وولي غيره فدفعه إليه عند الثاني، لأن التسليم عند كل من ولي ذلك محصل للمقصود فلم يكن التقييد مفيداً فلا يتقيد، ولو كفل جماعة بنفس رجل كفالة واحدة فأحضره أحدهم برؤوا جميعاً، وإن كانت الكفالة متفرقة لم يبرأ الباقون.

ووجه الفرق: أن الداخل تحت الكفالة الواحدة فعل واحد وهو الإحضار وقد حصل ذلك بواحد والداخل تحت الكفالات المتفرقة أفعال متفرقة فلا يحصل بإحضار واحد الإبراء به فيبرأ هو دون الباقين،

وليس هذا كما إذا كفل جماعة بمال واحد كفالة واحدة أو متفرقة فأدى أحدهم برىء الباقون، لأن الدين يسقط عن الأصيل بأداء المال فلا يبقى على الكفيل لما مر، والله سبحانه وتعالى أعلم.

ولو كفل بنفس رجل فإن لم يواف به غداً فعليه ما عليه وهو كذا فلقي الرجل الطالب فخاصمه الطالب ولازمه فالمال على الكفيل، وإن لازمه إلى آخر اليوم لأنه لم يوجد من الكفيل الموافاة به.

ولو قال الرجل للطالب: قد دفعت نفسي إليك عن كفالة فلان يبرأ الكفيل من المال سواء كانت الكفالة بالنفس بأمره أو لا لأنه أقام نفسه مقام الكفيل في التسليم عنه فيصح التسليم كمن تبرع بقضاء دين غير أن هناك لا يجبر على القبول وهنا يجبر عليه.

والفرق: أن انعدام الجبر على القبول في باب المال للتحرز عن لحوق المنة المطلوبة من جهة المتبرع، لأن نفسه ربما لا تطاوعه بتحمل المنة فيتضرر به، وهذا المعنى هنا معدوم لأن تسليم نفسه واجب عليه ولا منة في أداء الواجب سواء كانت الكفالة بالنفس بأمره أو بغير أمره لأن نفسه مضمون التسليم في الحالين.

والثاني: الإبراء إذا أبرأ الطالب الكفيل من الكفالة بالنفس خرج عن الكفالة، لأن حكم الكفالة بالنفس حق المطالبة بتسليم النفس وقد أسقط المطالبة عنه بالإبراء فينتهي الحق ضرورة ولا يكون هذا الإبراء للأصيل لأنه أسقط المطالبة عنه دون الأصيل.

ولو أبرأ الأصيل برئا جميعاً لأن الكفالة بمضمون على الأصيل وقد بطل الضمان بالإبراء فينتهي حكم الكفالة.

والثالث: موت المكفول بنفسه، لأن الكفالة بمضمون على الأصيل وقد سقط الضمان عنه فيسقط عن الكفيل، والله عز وجل أعلم.

وأما الكفيل بالأعيان المضمونة بنفسها والأفعال المضمونة تخرج عن الكفالة بأحد أمرين:

أحدهما: تسليم العين المضمونة بنفسها إن كانت قائمة وتسليم مثلها أو قيمتها إن كانت هالكة ويحصل الفعل المضمون وهو التسليم والحمل.

والثاني: الإبراء فلا يخرج بموت الغاصب والبائع والمكاري لأن نفس هؤلاء غير مكفول بها حتى يسقط بموتهم والله تعالى أعلم.

فصل: وأما رجوع الكفيل فجملة الكلام في الرجوع في موضعين:

أحدهما: في شرائط ولاية الرجوع.

والثاني: في بيان ما يرجع به، أما الشرط فأنواع: منها أن تكون الكفالة بأمر المكفول عنه، لأن معنى الاستقراض لا يتحقق بدونه، ولو كفل بغير أمره لا يرجع عليه عند عامة العلماء، وقال مالك رحمه الله يرجع، والصحيح قول العامة، لأن الكفالة بغير أمره تبرع بقضاء دين الغير فلا يحتمل الرجوع.

ومنها: أن يكون بإذن صحيح وهو إذن من يجوز إقراره على نفسه بالدين حتى إنه لو كفل عن الصبي المحجور بإذنه فأدى لا يرجع لأن إذنه بالكفالة لم يصح لأنه من المكفول عنه استقراض واستقراض الصبي لا يتعلق به الضمان.

وأما العبد المحجور فإذنه بالكفالة صحيح في حق نفسه حتى يرجع عليه بعد العتاق لكن لا يصح في حق المولى فلا يؤاخذ به في الحال والله عز وجل أعلم.

ومنها: إضافة الضمان إليه بأن يقول: اضمن عني، ولو قال: اضمن كذا ولم يضف إلى نفسه لا يرجع، لأنه إذا لم يضف إليه فالكفالة لم تقع إقراضاً إياه فلا يرجع عليه.

ومنها: أداء المال إلى الطالب أو ما هو في معنى الأداء إليه فلا يملك الرجوع قبل الأداء، لأن معنى الإقراض والتمليك لا يتحقق إلا بأداء المال فلا يملك الرجوع قبله.

تم بحمد الله وحسن توفيقه

المجلد الرابع ويتلوه المجلد الخامس وأوله تتمة كتاب الكفالة

وآخر دعوانا الحمد لله رب العالمين

* * *

محتوى الجزء الرابع
من كتاب بدائع الصنائع للكاساني

طبع على مطابع
دار إحياء التراث العربي





